

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Begrüßung und Vortrag von Professor Dr. Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL , Universität Köln:	5
"Zur Praxis der internationalen Streiterledigung. Überlegungen am Ende der Tätigkeit als Präsident des Iran-United States Claims Tribunal"	
Vortrag von Professor Dr. Volkmarr GÖTZ , Universität Göttingen:	27
"Verfassungsschranken interventionistischer Regulierung nach europäischem Gemeinschaftsrecht im Vergleich zum Grundgesetz"	
Vortrag von Professor Dr. Peter SELMER , Universität Hamburg:	43
"Aktuelle Rechtsfragen der Rundfunkfinanzierung unter Berücksichtigung rechtsvergleichender und europarechtlicher Aspekte"	
Schlußwort von Professor Dr. Dr. Georg RESS , Universität Saarbrücken:	71
"Zur Mitarbeit der Deutschen Landesgruppe an den Arbeiten der International Law Association seit Ende des Zweiten Weltkrieges"	

Eröffnung der Tagung durch Professor Dr. K.H. Böckstiegel

Sehr verehrter, lieber Herr Jaenicke,
liebe Kollegen,
meine sehr verehrten Damen und Herren,

Viele von Ihnen waren anwesend, als wir uns vor fünf Jahren anlässlich des 70. Geburtstages von Günther Jaenicke ebenfalls hier im Max-Planck-Institut zu einem Kolloquium trafen. Damals hielt Hermann Mosler eine umfangreiche Laudatio, die den Lebensweg Jaenickes in vielen Einzelheiten ausleuchtete. Da es in der Wissenschaft kaum eine schlimmere Sünde als die Wiederholung gibt und da Moslers Laudatio auch im Tagungsband von 1984 abgedruckt ist, sind Sie, lieber Herr Jaenicke, hoffentlich damit einverstanden, daß ich auf eine neuerliche Laudatio verzichte. Nicht unterlassen sollte ich aber den Hinweis, daß Sie auch in den letzten fünf Jahren Ihre umfangreiche wissenschaftliche und praktische Arbeit fortgesetzt haben. Als Beispiele seien nur genannt Ihre einflußreiche Beteiligung an den Gesprächen über eine Neue Welt-Wirtschaftsordnung auf nationaler wie internationaler Ebene, an unserem Kölner Kolloquium über den Umweltschutz im Weltraum, an Fällen vor dem Internationalen Gerichtshof sowie vor allem auch als Vorsitzender der Deutschen Vereinigung für Internationales Recht und Mitglied des Executive Council der International Law Association. Wenn man zusätzlich auch noch sieht, wie aktiv Sie all dies betreiben, kommen einem Zweifel, ob Sie wirklich schon fünfundsiebzig sind. Aber angesichts Ihrer sonst so präzisen Arbeit muß man wohl davon ausgehen, daß Ihnen auch bei der Berechnung Ihres

Lebensalters kein Fehler unterlaufen ist. Jedenfalls wünschen wir Ihnen und uns allen, daß Sie auch in Zukunft durch Ihre Aktivität dieses Mißtrauen über Ihr Lebensalter nähren können.

- 1) Böckstiegel/Götz/Semler, Finanzverfassung der Europäischen Gemeinschaften - Beilegung internationaler Streitigkeiten, Bd. 70 der Studien zum Internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierrecht, Köln 1984, S. 85 ff.

Karl-Heinz Böckstiegel, Heidelberg

**ZUR PRAXIS DER INTERNATIONALEN STREITERLEDIGUNG
Überlegungen am Ende der Tätigkeit als Präsident des
Iran-United States Claims Tribunal**

Zum Thema meines heutigen Vortrags bedarf es eines Rückblicks auf die Veranstaltung vor 5 Jahren. Auch damals hatte man mich um einen Vortrag gebeten, und angesichts der umfangreichen prozessualen Tätigkeit Günther Jaenickes hatte ich damals als Titel gewählt "Praxis und Perspektiven der Beilegung internationaler Rechtsstreitigkeiten". Da auch dieser Beitrag veröffentlicht ist¹, möchte ich daran anschließen und mich in der kurzen, mir heute zur Verfügung stehenden Zeit beschränken auf zusätzliche Überlegungen, die sich seither durch eine neue Erfahrung ergeben haben, nämlich meine über vierjährige Tätigkeit am Iran-United States Claims Tribunal, wo mein Rücktritt im Dezember 1988 wirksam geworden ist.

Nachdem bei den letzten Veranstaltungen unserer Vereinigung nie genug Zeit blieb für spätere Referenten, werde ich mich dabei sehr kurz fassen, damit in einer anschließenden Diskussion Fragen vertieft werden können, die Sie besonders interessieren.

Das Iran-United States Claims Tribunal im Haag ist außerhalb der juristischen Fachliteratur hauptsächlich deshalb publizistisch oft behandelt worden², weil es in einer weltpolitisch einzigartigen Konstellation geschaffen wurde und arbeitet, sowie weil es sich um das nach Zahl der Einzelfälle und Höhe des Streitwerts größte internationale Rechtsstreitverfahren der Geschichte handelt. Diese Aspekte

haben sicherlich auch zu der Vielzahl von Veröffentlichungen über³ den Schiedsgerichtshof in der juristischen Fachliteratur beigetragen, daneben aber vor allem auch, daß die vielen - sämtlich veröffentlichten⁴ - Entscheidungen des Schiedsgerichtshofs sich zu einer großen Zahl von Fragen der internationalen Streiterledigung, des Völkerrechts und des internationalen Wirtschaftsrechts äußern.

Die Deklarationen von Algier⁵, die den Schiedsgerichtshof schaffen, sind ohne den politischen Hintergrund nicht verständlich, der insbesondere durch die Festsetzung amerikanischer Geiseln in der US-Botschaft in Teheran und die anschließende Einfrierung iranischer Guthaben in vielfacher Milliardenhöhe in den USA charakterisiert ist. Der Schiedsgerichtshof wurde zur Erledigung und Abwicklung der Ansprüche, welche der Staat und seine Staatsangehörigen gegen den jeweils anderen Staat geltend machen, mit Sitz in Den Haag gegründet. Für die Vollstreckung von dessen Entscheidungen gegen den Iran wurde gleichzeitig ein Security Account in Höhe von einer Milliarde Dollar eingerichtet, zu dessen Auffüllung sich der Iran verpflichtete, sobald er unter 500 Millionen Dollar falle. In langwierigen Verhandlungen legte man dann in Ergänzung der bereits in den Deklarationen von Algier enthaltenen Grundsätze die Einzelheiten des Schiedsgerichtshofs fest. Danach besteht der Schiedsgerichtshof aus 9 Mitgliedern, 3 Iranern, 3 Amerikanern und 3 Mitgliedern aus Drittstaaten. Von den letzteren wird einer zum Präsidenten des Schiedsgerichtshofs ernannt. Der Präsident hat von der Befugnis Gebrauch gemacht, Kammern mit je 3 Schiedsrichtern einzusetzen, von denen die meisten Streitfälle entschieden werden. Das Full Tribunal aller 9 Schiedsrichter entscheidet nur in den völkerrechtlichen Streitfällen zwischen den beiden Staaten und einigen besonders wichtigen Fällen. Innerhalb der vorgesehenen Jahres-

frist wurden von Privatpersonen und Unternehmen über 3.800 Klagen eingereicht. Dazu kommen bis zum jetzigen Zeitpunkt 24 völkerrechtliche Klagen der beiden Staaten gegeneinander. Die Streitwerte der Klagen bewegen sich zwischen Größenordnungen von wenigen Tausend Dollar in einigen Fällen und andererseits fast 12 Milliarden Dollar im größten Einzelfall.

Die Deklarationen von Algier sehen vor, daß die vereinbarte Zuständigkeit des Schiedsgerichtshofs etwa vorher bestehende Zuständigkeiten der staatlichen Gerichte oder anderer Schiedsgerichte ausschließt. Rechtsgrundlage für Gerichtsverfassung und Prozeßordnung sind die im Rahmen der Vereinten Nationen für die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit ausgehandelten UNCITRAL Arbitration Rules in einer für die Besonderheiten des Iran-United States Claims Tribunal angepaßten Fassung (Tribunal Rules).

Schon die Einrichtung des Schiedsgerichtshofs ist im internationalen Kontext bemerkenswert. Zwar sieht Artikel 33 der Charta der Vereinten Nationen bei Streitigkeiten zwischen Staaten insbesondere die Beilegung durch "arbitration, judicial settlement" vor und fordert etwa das Institut de Droit International in einer einstimmig verabschiedeten Resolution von 1959 bei Streitigkeiten "recourse to the International Court of Justice or to another international court or arbitral tribunal", in der Praxis haben sich aber auch in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg die Staaten nur relativ selten verbindlich der Rechtsprechung eines internationalen Gerichts oder Schiedsgerichts unterworfen. So hat auch der Internationale Gerichtshof seit seinem Beginn 1946 nur relativ wenige Fälle zu entscheiden gehabt. Beachtenswert ist dabei, daß von den in den letzten Jahren dort anhängig gemachten Fällen ein wesentlicher Teil nicht dem

Internationalen Gerichtshof insgesamt, sondern den seit einer Statutenänderung möglichen Kammern vorgelegt worden ist, für welche die beteiligten Staaten sich dann bestimmte Richter aussuchen können. Dies wird auch wieder illustriert durch den vorige Woche verhandelten ELSI-Case, in welchem Richter aus Argentinien, Japan, Großbritannien sowie den Vereinigten Staaten und Italien die Kammer bilden. Diese Praxis bestärkt die auch anderswo, etwa für die Beilegung von Streitigkeiten aus Investitionsschutzabkommen oder aus bilateralen Lufttransportabkommen, feststellbare Tendenz, daß Staaten, soweit sie sich überhaupt bereit finden, sich eher für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit entscheiden, bei welcher sie selbst entscheidenden Einfluß auf die Auswahl der Schiedsrichter haben, während dies beim traditionellen Gericht nicht der Fall ist. In dieses Bild paßt das Iran-United States Claims Tribunal, das zwar gerichtliche Züge dadurch trägt, daß eine große Zahl von Fällen dem gleichen Spruchkörper im Rahmen einer permanenten Institution vorgelegt wird, das andererseits aber schiedsgerichtliche Züge dadurch trägt, daß es nicht nur nach einer schiedsrichterlichen Verfahrensordnung vorzugehen hat, sondern die beteiligten Staaten über die Besetzung des Spruchkörpers entschieden haben und entscheiden. Damit haben die beiden Staaten hier einen etwas anderen Weg beschritten, als er beispielsweise in der Seerechtskonvention⁶ vorgesehen ist, wo die Staaten im Streitfall die Wahl haben zwischen der internationalen Gerichtsbarkeit und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, bei Fehlen einer Einigung dann allerdings sich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen müssen. Ebenfalls einen anderen Weg hat beispielsweise die von der Weltbank initiierte Konvention von 1965 über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch die Einrichtung eines besonderen Schiedsgerichtszentrums vorgesehen, bei dem aber trotz seines langen

Bestehens bisher erst insgesamt 25 Fälle anhängig gemacht und davon noch weniger zu einer Entscheidung geführt worden sind⁷. In diesem internationalen Umfeld, in welchem die Akzeptanz einer obligatorischen bindenden Streiterledigung eher die Ausnahme bildet, stellt somit die Einrichtung des Iran-United States Claims Tribunal einen bemerkenswerten Fortschritt dar, insbesondere wenn man neben der Vielzahl der Fälle und der Größenordnung des Streitwerts auch noch berücksichtigt, daß sich politisch und sogar militärisch beide Staaten in scharfem Gegensatz gegenüberstanden und gegenüberstehen.

Die Arbeit des Schiedsgerichtshofs seit seiner Errichtung 1981 ist durch die oben erwähnten Besonderheiten zwar beeinflusst worden, hat aber doch ihren Weg zu einer unter den schwierigen Umständen erstaunlich professionellen Arbeitsatmosphäre und einer schon bis zum jetzigen Zeitpunkt umfangreichen Rechtsprechung gefunden. Es überrascht nicht, daß angesichts der so unterschiedlichen ideologischen Ausgangspunkte, der politischen und militärischen Gegensätze sowie der ungewöhnlich hohen wirtschaftlichen Interessen sowohl die Verhandlungen mit den Parteien als auch der Entscheidungsprozeß innerhalb des Schiedsgerichtshofs sich wesentlich schwieriger gestalten, als uns dies von anderen "normalen" internationalen Schiedsgerichtsverfahren bekannt ist. Aber nur einmal kam es zu einer längeren Unterbrechung am Schiedsgerichtshof, als nämlich im September 1984 zwei iranische Schiedsrichter einen schwedischen Schiedsrichter physisch attackierten. Selbst etwa im Herbst 1987, als im Umfeld des Golfkriegs der Iran und die USA militärische Aktionen gegeneinander durchführten, fand beispielsweise Anfang November 1987 im Friedenspalast in Den Haag eine große mündliche Verhandlung des Schiedsgerichtshofs in einem Streitfall statt, wie man ihn sich in dieser Situation kaum

delikater vorstellen kann, nämlich über eine Klage des Iran gegen die USA auf Rückgabe seitens der USA zurückgehaltener Militärgüter, und die Verhandlung konnte - wenn auch mit Mühe - professionell ordnungsgemäß durchgeführt und beendet werden.

Von den bisher vor den Schiedsgerichtshof gebrachten 3.800 Klagen sind über 1.100 Fälle beendet, davon über 400 durch Urteil. Dies ist insbesondere angesichts der Vielzahl und des Umfangs der parallel laufenden weiteren Fälle sowie der Zweisprachigkeit (Englisch und Persisch) aller Dokumente und mündlichen Verhandlungen ein beachtliches Zwischenergebnis. Da die Fälle fast ausnahmslos durch einen mehrfachen Austausch von Schriftsätzen und Beweisstücken langwierig und umfangreich vorbereitet werden müssen, bevor es zu einer mündlichen Verhandlung kommen kann, konzentriert sich naturgemäß die Mehrzahl der Entscheidungen in den letzten Jahren ab 1985.

In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sowohl zwischen Staaten und Unternehmen als auch zwischen Unternehmen und Staaten, wie sie im Rahmen des internationalen Wirtschaftsverkehrs oft vorkommen, ergibt sich immer wieder eine Vielzahl von prozessualen Problemen. Dies ist nicht verwunderlich, da die Parteien durchweg von sehr verschiedenen nationalen Rechts- und Prozeßordnungen her in den Rechtsstreit eintreten und die Schiedsrichter selbst oft noch aus Staaten mit wiederum anderem Prozeßrecht stammen. Diese Probleme zeigen sich insbesondere bei Ad-Hoc-Schiedsgerichten, aber auch bei der sogenannten administrierten Schiedsgerichtsbarkeit, bei welcher ad hoc für den Einzelfall ausgewählte Schiedsrichter im Rahmen einer von den Parteien ausgewählten Schiedsgerichtsordnung wie etwa der der Internationalen Handelskammer zu entscheiden haben. Für

das Iran-United States Claims Tribunal ist - wie bereits erwähnt - die im Rahmen der Vereinten Nationen unter Beteiligung der Industrie- und Entwicklungsländer ausgearbeitete UNCITRAL Schiedsordnung als prozessualer Rahmen ausgesucht und dann den Besonderheiten dieses Schiedsgerichtshofs durch Änderungen und Ergänzungen angepaßt worden. Dabei haben sich eine Reihe von für die internationale Streiterledigung typische prozessuale Probleme ergeben, zu denen die Rechtsprechung des Schiedsgerichtshofs auch für andere und künftige Verfahren der internationalen Streitbeilegung und insbesondere der Schiedsgerichtsbarkeit von Relevanz ist. Die Zeit erlaubt uns hier nicht, auf Einzelheiten einzugehen. Zur Illustration sei aber zumindest erwähnt, daß diese Rechtsprechung zu prozessualen Fragen beispielsweise die Zuständigkeit bei Doppelstaatlern, Beweismittel⁸ und Beweiserhebung und den einstweiligen Rechtsschutz betrifft. Vielleicht interessiert in der Diskussion aber auch, wie der interne Entscheidungsprozeß in der Praxis abgelaufen ist. Lassen Sie mich aber wenigstens einen dieser Aspekte etwas näher ansprechen:

Eine besonders umstrittene Frage in der internationalen Streiterledigung ist immer wieder die der Zulässigkeit von Beweismitteln und der Methoden der Beweiserhebung, weil die verschiedenen nationalen Prozeßrechte, vor allem die des Common Law Systems und des kontinental-europäischen Systems, sich insofern in erheblichem Maße unterscheiden. Die üblicherweise benutzten internationalen Schiedsgerichtsordnungen und auch die Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit legen sich insofern nicht allzu sehr fest, sondern überlassen den Schiedsrichtern einen weiten Ermessensspielraum, der unter Berücksichtigung der Herkunft der Parteien und der Schiedsrichter sowie des Sitzes des Schiedsgerichts flexibel im Einzelfall genutzt werden soll.

Andererseits bedarf es keiner besonderen Hervorhebung, daß die Sachentscheidung nicht selten in großem Maße von dem Verfahren der Beweiserhebung abhängt. Da auch die UNCITRAL Schiedsordnung sowie ihre Anpassung in den Tribunal Rules den Schiedsrichtern einen weiten Ermessensspielraum lassen, haben sich erst in der Praxis der Rechtsprechung Maßstäbe zu einschlägigen Fragen ergeben, die nicht nur vor dem Schiedsgerichtshof, sondern auch in der übrigen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit oft auftauchen.

Generell läßt sich sagen, daß der Schiedsgerichtshof einen liberalen Ansatz dahingehend gewählt hat, daß die Parteien alle nach ihrer nationalen Rechtsordnung üblichen Beweismittel verwenden dürfen, daß dann aber die Schiedsrichter bei der Beweismittelwürdigung den unterschiedlichen Aussagewert von Beweismitteln berücksichtigen. Allerdings dürfen Tatsachen und Beweismittel nicht zu spät in das Verfahren eingeführt werden, wie dies in der Harris-Entscheidung⁹ ausführlich behandelt wurde.

Diese Grundsätze hat der Schiedsgerichtshof beispielsweise bei dem immer wieder umstrittenen Beweismittel der Affidavits, also der schriftlichen Aussage von Zeugen, angewendet dahingehend, daß Affidavits zwar ein zulässiges Beweismittel sind, ihre Bewertung aber unterschiedlich ausfallen kann danach, ob die Aussage von einem Angestellten einer Partei oder von einer unabhängigen dritten Person stammt und ob bei sich aus den Umständen oder aus dem Wortlaut des Affidavit ergebenden Zweifeln die präsentierende Partei es ermöglichte, den Zeugen in der mündlichen Verhandlung zu befragen¹⁰.

Im Vergleich zu nationalen Gerichtsverfahren bereitet es schon allgemein bei internationalen Streitverfahren erheb-

lich mehr Schwierigkeiten, durch Ortstermine oder die Verbringung vieler Zeugen an einen womöglich weit entfernten Prozeßort behauptete Mängel von Kaufgegenständen oder Fehler von Abrechnungen oder Rechnungen bei großen Verträgen und Projekten einzeln festzustellen. Dies gilt noch mehr für die Fälle vor dem Iran-United States Claims Tribunal, bei welchen oft durch die Revolution und spätere Entwicklungen die Sachlage und Verfügbarkeit von Beweismitteln sich geändert haben kann. Hier hat der Schiedsgerichtshof oft behauptete Mängel und Fehler nicht anerkannt, wenn sie erst mehrere Jahre später im Prozeß geltend gemacht wurden, aber nicht nachzuweisen war, daß sie innerhalb einer vertraglich vorgesehenen oder sonstigen angemessenen Frist gegenüber dem Vertragspartner geltend gemacht wurden¹¹. Andererseits hat der Schiedsgerichtshof die Beweislast bei einem amerikanischen Unternehmer höher angesetzt hinsichtlich solcher Unterlagen, welche in den USA verfügbar waren, als hinsichtlich der im Iran verbliebenen und ihm nunmehr nicht mehr zugänglichen Unterlagen¹². Umgekehrt hat der Schiedsgerichtshof bezüglich solcher Unterlagen, welche im Iran unter der Kontrolle der iranischen Partei vorliegen mußten, aus deren¹³ Nichtvorlage Schlüsse zu ungunsten dieser Partei gezogen¹³. Behauptungen, welche lediglich durch "hearsay evidence" abgestützt waren, wurden als nicht bewiesen angesehen¹⁴.

Eine pragmatische Haltung hat der Schiedsgerichtshof hinsichtlich der in unterschiedlichen Rechtsordnungen unterschiedlich vorgenommenen Abgrenzung zwischen Parteivertretern und Zeugen eingenommen. Ohne die für Zeugen vorgesehene formelle Wahrheitserklärung werden Mitglieder des Management und solcher Mitarbeiter einer Partei angehört, die während der Verhandlung nach Entscheidung der präsentierenden Partei im Raum bleiben. Von dieser letzteren Möglich-

keit machen die Parteien üblicherweise bei solchen Mitarbeitern Gebrauch, die kontinuierlich mit dem streitigen Vertrag zu tun hatten und deshalb allen tatsächlichen Fragen als Auskunftspersonen zur Verfügung stehen sollen. So viel nur zur prozeßrechtlichen Rechtsprechung.

Noch weniger als bei prozessualen Fragen ist es hinsichtlich materiell-rechtlicher Fragen möglich, ein vollständiges Bild zu geben. Dies ergibt sich aus der umfassenden Zuständigkeit und aus der Vielfalt der Fälle des Schiedsgerichtshofs, die von völkerrechtlichen Fragen wie der Vertragsauslegung, der Ausweisung, des Fremdenrechts, des Ent eignungsrechts und des Rechts der militärischen Zusammenarbeit bis hin zu praktisch allen im Rahmen des internationalen Wirtschaftsverkehrs der Privatunternehmen vorkommenden Fragen des Vertrags-, Bank- und Investitionsrechts reichen. Diese Vielfalt ist natürlich die Folge davon, daß in all diesen Gebieten die früher sehr intensive Zusammenarbeit zwischen den USA und dem Iran auf staatlicher wie auf privater Ebene zu vielen Rechtsgeschäften führte. Im Rahmen dieses Beitrags kann ich auch insofern nur die Themenbereiche bezeichnen, zu denen wohl die Rechtsprechung des Schiedsgerichtshof von besonderem Interesse ist. Dies gilt für die Rechtsprechung zum anwendbaren Recht, zum Durchgriff auf den Staat ¹⁵, zur Auslegung völkerrechtlicher und zivilrechtlicher Verträge, zu höherer Gewalt, zu Akkreditiven und Bankgarantien, zu devisenrechtlichen Transferbeschränkungen, zur Ausweisung von Ausländern und zur Gewährung von Zinsen ¹⁶. Die Zeit hier gestattet es mir nur, auf drei dieser Themenbereiche kurz einzugehen.

Lassen Sie mich zunächst zu der offensichtlich grundlegenden Frage des anwendbaren Rechts etwas sagen: Hierzu bedarf es zunächst des Hinweises, daß im Gegensatz zu dem auf die

Anwendung von Völkerrecht beschränkten Internationalen Gerichtshof der Schiedsgerichtshof gemäß Artikel V der Claims Settlement Declaration von Algier zu entscheiden hat "on the basis of respect for law, applying such choice of law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances". Diese sehr breite Generalklausel zum anwendbaren Recht paßt sich also der oben erwähnten Vielfalt der vor dem Schiedsgerichtshof anhängigen Fälle an. So wie dies auch sonst in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu finden ist, wendet der Schiedsgerichtshof oft die im staatlichen Kollisionsrecht entwickelten Grundsätze an, fühlt sich daran aber andererseits nicht in gleicher Weise gebunden, wie dies beim staatlichen Richter der Fall ist. So wird beispielsweise auf die "most significant connection with the transaction and the parties" oder auf das "center of gravity of these business dealings" abgestellt, um in einer Reihe von Entscheidungen entweder iranisches Recht oder das Recht der Vereinigten Staaten oder eines Einzelstaats anzuwenden¹⁷. Hin und wieder sahen Entscheidungen dies aber auch nicht für erforderlich an, weil entsprechende Rechtsgrundsätze sich als Teil der "general principles of law" feststellen ließen, insbesondere, wenn nicht zu erkennen war, daß das Ergebnis nach einer staatlichen Rechtsordnung anders ausfallen werde¹⁸. Eine relativ große Bedeutung billigte der Schiedsgerichtshof dem staatlichen Recht zu im Hinblick auf die Vertragsabschlußbefugnis beteiligter Personen und¹⁹ im Hinblick auf Formalitäten für den Vertragsabschluß¹⁹. Andererseits lehnte er dann aber wieder den Einwand mangelnder Abschlußformalitäten nach nationalem Recht ab, wenn eine Partei unabhängig davon den Vertrag in der Praxis erfüllt hatte²⁰. Selbst in Fällen, wo es wegen Rechtswahl der Parteien oder aus ande-

ren Gründen zur Anwendbarkeit eines nationalen Rechts auf den Vertrag kam, sah sich der Schiedsgerichtshof allerdings hinsichtlich der Beweismittel für den Abschluß eines Vertrages nicht an dieses Recht gebunden, da diese als prozessuale Frage sich nach der *lex fori* richteten, innerhalb welcher für den Schiedsgerichtshof auch Völkerrecht zu beachten sei²¹.

Die Anwendung von Völkerrecht sah der Schiedsgerichtshof als Normalfall²² an für die Beziehungen zwischen zwei souveränen Staaten. Andererseits wurde aber offengelassen, ob auch bei wirtschaftlichen Verträgen zwischen Staaten, wie sie beispielsweise der Verkauf von Militärgut sei, nicht auch - selbst bei Fehlen einer ausdrücklichen Rechtswahl - staatliches Recht anwendbar sei²³.

Gestatten Sie mir weiterhin noch ein kurzes Wort zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge. Damit hatte sich der Schiedsgerichtshof nicht selten zu befassen, wobei es überwiegend um die Auslegung der Deklarationen von Algier, des alten Freundschaftsvertrages zwischen den USA und dem Iran sowie des Internationalen Währungsabkommens ging. Es liegt in der Natur der Sache, daß es dabei zum Rückgriff auf die Wiener Vertragsrechtskonvention kam.

Auch ohne entsprechende ausdrückliche Regelung folgte der Schiedsgerichtshof aus dem Zweck der Deklarationen von Algier eine Verpflichtung der Staaten, die Vollstreckung von Entscheidungen in ihrem nationalen Rechtssystem zu ermöglichen, und zwar zumindest unter gleich günstigen Voraussetzungen, wie dies für die Anerkennung ausländischer Schiedsurteile gegeben ist²⁴. Unter Heranziehung der Verhandlungsgeschichte zog in Anwendung von Artikel 31 Abs. 2 der Wiener Vertragsrechtskonvention der Schiedsgerichtshof auch

nicht formell in den Vertragsdokumenten festgehaltene Vereinbarungen der Parteien für die Auslegung heran²⁵. Einwände aus dem nationalen Recht wurden dagegen unter Berücksichtigung von Artikel 47 der Wiener Konvention zurückgewiesen, da dem Vertragspartner kein entsprechender Vorbehalt²⁶ übermittelt worden sei.

Den zum Teil vertretenen Grundsatz von der restriktiven Auslegung völkerrechtlicher Verträge lehnte der Schiedsgerichtshof zwar generell mit dem Hinweis ab, daß sich daraus ungerechtfertigte Nachteile für einen anderen souveränen Staat als Vertragspartner ergäben²⁷, wandte ihn aber dann konkret für die Unterwerfung unter eine internationale Gerichtsbarkeit an²⁸.

Schließlich noch eine Anmerkung zur höheren Gewalt. Zunächst kann es natürlich nicht verwundern, daß angesichts des revolutionären Umschwungs im Iran mit allen seinen Folgen der Schiedsgerichtshof sich in noch weitaus höherem Maße mit "force majeure" und ihren Konsequenzen zu befassen hatte, als dies sonst in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit der Fall ist, wo die Behandlung der "force majeure" sich auch nicht gerade selten findet.

Generell läßt sich als Linie des Schiedsgerichtshofs hier festhalten, daß bei Vertragsunterbrechung oder Vertragsabbruch aus Gründen der "force majeure" die bereits erfolgte Vertragserfüllung zwar angemessen anteilig vergütet werden muß, im übrigen aber jede Partei die bei ihr anfallenden Folgen der "force majeure" selbst zu tragen hat, ohne sie auf die andere Vertragspartei abwälzen zu können. Wie insbesondere in der auch zu anderen Rechtsfragen grundlegenden Sylvania-Entscheidung²⁹ dargelegt wird, ist grundsätzlich erforderlich, für jede einzelne Vertragspflicht die Verzö-

gerung oder Verhinderung durch "force majeure" festzustellen, da beispielsweise eine amerikanische Partei während der Revolution im Iran immer noch die in den USA selbst auszuführenden Vertragshandlungen erfüllen konnte oder etwa eine iranische Partei selbst bei einer Besetzung oder Störung bestimmter Fabrikationsstätten unter Umständen noch Zahlungen von ihren Bankkonten zu leisten imstande war. Der Schiedsgerichtshof begnügt sich also nicht mit einer generellen Feststellung von "force majeure" zwischen den USA und dem Iran oder auch nur generell für einen bestimmten Vertrag, sondern verlangt im Einzelfall den Nachweis, daß eine bestimmte Vertragsverpflichtung wegen "force majeure" nicht erfüllt werden konnte. Für die spezifische Situation im Iran läßt sich aber trotzdem für Vertragserfüllung auf dem Territorium des Iran aus der Rechtsprechung des Schiedsgerichtshofs der Schluß ziehen, daß jedenfalls für eine Kernzeit während und unmittelbar nach der Revolution zwischen ³⁰Februar und Mai 1979 "force majeure" anerkannt wird .

Schlußwort

Wie ich schon in meiner Schlußadresse bei der Farewell Reception in Den Haag ³¹ hervorgehoben habe, haben sich der Schiedsgerichtshof und seine Mitglieder zur Recht auf die Entscheidung der anstehenden konkreten Fälle konzentriert und es anderen überlassen, aus einzelnen Urteilen oder der Rechtsprechung insgesamt allgemeine Folgerungen zu ziehen. Immerhin ist für den Bereich des Völkerrechts die bloße Tatsache, daß das Iran-United States Claims Tribunal zwischen zwei in politischer und militärischer Konfrontation stehenden Staaten errichtet wurde und, wenn auch mühevoll, bis zum heutigen Tage funktioniert, sicher schon ein bemerkenswerter Fortschritt in der Geschichte der internationalen Streitbeilegung zwischen Staaten. Dazu kommt dann die

Rechtsprechung des Schiedsgerichtshofs zu völkerrechtlichen Fragen. Für den Bereich des internationalen Wirtschaftsverkehrs, an dem überwiegend Privatunternehmen beteiligt sind und für den die Schiedsgerichtsbarkeit inzwischen die übliche Methode der Streitbeilegung ist, führt normalerweise die durchweg vereinbarte Vertraulichkeit der Entscheidungen zu Schwierigkeiten bei der Feststellung einschlägiger Rechtsgrundsätze. Hier bietet sich dadurch, daß die Entscheidungen des Iran-United States Claims Tribunal sämtlich veröffentlicht werden und viele wichtige Fragen des internationalen Wirtschaftsverkehrs betreffen, ein Fundus von Material und Rechtsprechung, wie er wohl für absehbare Zeit aus keiner anderen Quelle zur Verfügung stehen wird.

Anmerkungen

- 1) Böckstiegel/Götz/Semler, Finanzverfassung der Europäischen Gemeinschaften - Beilegung internationaler Streitigkeiten, Bd. 70 der Studien zum Internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierrecht, Köln 1984, S. 85 ff.
- 2) Vgl. etwa: Schol, Der Streit um Milliarden dauert schon sieben Jahre, in: Kölner Stadtanzeiger, 11. Januar 1988; Vieten, Tribunal im Haag, Alte Rechnungen zu begleichen, in: Die Zeit, 134. März 1985; Hermann, Iranian Claims, the Hague Tribunal's difficult task, in: Financial Times, 13. September 1984; Raun, US and Iran fight claims on legal battle-field, in: Financial Times, 12. August 1987; Truell and Stewart, US-Iran Tribunal has bogged down in internal quagmires, in: Wall Street Journal, 5. November 1984; Sciolino, U.S. is told to return frozen Iranian assets, in: International Herald Tribune, 13. Mai 1987; Er wordt weer gewerkt, in: De Telegraaf, 16. April 1986.
- 3) Aus der Fülle der Veröffentlichungen seien hier erwähnt: Jones, The Iran-United States Claims Tribunal: Private Rights and State Responsibility, Virginia Journal of International Law 24 (1984), S. 259 ff.; Claggett, The Expropriation Issue Before the Iran-United States Claims Tribunal: Is "Just Compensation" Required by International Law or Not?, Law and Policy in International Business 16 (1984), S. 813 ff.; Carbonneau, The Elaboration of Substantive Legal Norms and Arbitral Adjudication: The Case of the Iran-United States Claims Tribunal, in: Lillich (Hrsg.), The Iran-United States Claims Tribunal 1981-1983 (1984), S. 104 ff.; Gold, The Iran-United States Tribunal and the Articles of Agreement of the International Monetary Fund, George Washington Journal of International Law and Economics 18 (1985), S. 537 ff.; Leurent, Problèmes soulevés par les demandes des double nationaux devant le Tribunal des différends irano-américains, Revue critique de droit international privé 74 (1985), S. 273 ff.; McCabe, Arbitral Discovery and the Iran-United States Claims Tribunal Experience, The International Lawyer 20 (1986), S. 499 ff.; Caron, Interim Measures of Protection: Theory and Practice in the Light of the Iran-United States Claims Tribunal, ZaöRV 46 (1986), S. 466 ff.; Maiwald, Das Iran-United States Claims Tribunal, Köln 1987; Brower, Current Developments in the Law of Expropriation and Compensation: A Preliminary Survey of Awards of the Iran-United States Claims Tribunal, The International Lawyer 21 (1987), S. 639 ff.; ders., The Iran-United States Claims Tribunal after Seven Years: A

Retrospective View from the Inside, The Arbitration Journal 43 (December 1988), S. 16 ff.

- 4) Alle Entscheidungen können von der Kanzlei des Schiedsgerichtshofs auf Anfrage erworben werden. Sie werden nachfolgend mit den Seitenzahlen der Originalausfertigungen zitiert, da die in der nachfolgenden Fußnote genannten Veröffentlichungen in ihren Seitenzahlen variieren und zum Teil die neuesten Entscheidungen noch nicht enthalten. Regelmäßige Veröffentlichung der Entscheidungen in: Iran-United States Claims Tribunal Reports, Grotius Publications, Cambridge, seit 1983; alle 14 Tage erscheinen Kopien und Kommentare sowohl in Iranian Assets Litigation Reporter als auch in Mealey's Litigation Reports (Iranian Claims); jährliche Auswahl von Entscheidungen in den Yearbooks Commercial Arbitration, Kluwer, Deventer.
- 5) Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria (General Declaration); Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration); Undertakings of the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran with respect to the Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria (Undertakings); alle abgedruckt z.B. in ILM 20 (1981), S. 224 ff.
- 6) Dazu näher: Böckstiegel, States in the international arbitral process, in Lew (ed.), Contemporary problems in international arbitration, London 1986, S. 43.
- 7) ICSID, Administrative Council, 1988 Annual Meeting, Summary Proceedings Dec. 1988, Report of the Secretary General. Der Verfasser war Schiedsrichter in dem dort ebenfalls einbezogenen ersten Streitfall zwischen zwei Entwicklungsländern.
- 8) Einen zumindest kurzen Überblick dazu bietet: Böckstiegel, Zur Bedeutung des Iran-United States Claims Tribunal für die Entwicklung des internationalen Rechts, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, 1988, S. 610 ff.
- 9) Harris International Telecommunications, Inc. v. Islamic Republic of Iran, AWDF 323-409-1, S. 22 ff.
- 10) International Technical Products Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran, AWD 186-302-3, S.

- 19; Computer Sciences Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran, AWD 221-65-1, S. 43.
- 11) Ford Aerospace & Communications Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran, AWD 289-93-1, S. 26 f.; Harnischfeger Corporation v. Ministry of Roads and Transportation, AWD 144-180-3, S. 27.
- 12) T.C.S.B., Inc. v. Iran, AWD 114-140-2, S. 19.
- 13) Bechtel, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran, AWD 294-181-1, S. 19.
- 14) J.I. Case Company v. Islamic Republic of Iran, AWD 57-244-1, S. 4. 6.
- 15) Dazu näher: Böckstiegel, Der Druchgriff auf den Staat bei Verträgen im internationalen Wirtschaftsverkehr - Einige neue Entwicklungen, in: Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht, Festschrift für Seidl-Hohenveldern, Köln 1988, S. 17 ff.
- 16) Auch hierzu ein zumindest kurzer Überblick bei Böckstiegel, Fakultätsfestschrift, a.a.O., S. 161 ff.
- 17) Economy Forms Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran, AWD 55-165-1, S. 12; Harnischfeger Company v. Ministry of Roads and Transportation, AWD 144-180-3, S. 16; DIC of Delaware Inc. v. Teheran Redevelopment Corporation, AWD 176-255-3, S. 23.
- 18) Benjamin R. Isaiah v. Bank Mellat, AWD 35-219-2, S. 11; CMI International Inc. v. Ministry of Roads and Transportation, AWD 99-245-2, S. 9.
- 19) Economy Forms Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran, AWD 55-165-1, S. 12; Alan Craig v. Ministry of Energy of Iran, AWD 71-346-2, S. 15 ff.
- 20) Kimberly-Clark Corp. v. Bank Markazi Iran, AWD 46-57-2, S. 11; R.N. Pomeroy v. Government of the Islamic Republic of Iran, AWD 50-40-3, S. 17; Woodward-Clyde Consultants v. Government of the Islamic Republic of Iran, AWD 73-67-3, S. 11.
- 21) DIC of Delaware Inc. v. Teheran Redevelopment Corporation, AWD 176-255-3, S. 17.
- 22) Vgl. z.B. Islamic Republic of Iran v. United States of America, DEC 32-A18-FT, S. 16.

- 23) Islamic Republic of Iran v. United States of America, ITL 60-B1-FT, S. 13.
- 24) Islamic Republic of Iran v. United States of America, DEC 62-A21-FT, S. 10 ff.
- 25) Islamic Republic of Iran v. United States of America, ITL 63-A15(I:G)-FT, S. 16.
- 26) Phillips Petroleum Company, Iran v. Islamic Republic of Iran, ITL 11-39-2, S. 4 f.
- 27) Islamic Republic of Iran v. United States of America, DEC 12-A1-FT, S. 5.
- 28) Iranian Customs Administration v. United States of America, AWD 105-B16-1, S. 3; United States of America v. Islamic Republic of Iran, AWD 106-B24-1, S. 4.
- 29) Sylvania Technical Systems Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran, AWD 180-64-1, S. 15 ff.
- 30) Gould Marketing Inc. v. Ministry of National Defence of Iran, ITL 24-49-2, S. 11 f.; Touche Ross & Company v. Islamic Republic of Iran, AWD 197-480-1, S. 14.
- 31) Address by the President of the Tribunal at the Farewell Reception at the Peace Palace on 13 December 1988, abgedruckt in: Iranian Assets Litigation Reporter 1988, S. 16, 793 ff.

Volkmar Götz, Göttingen

Verfassungsschranken interventionistischer Regulierung nach europäischem Gemeinschaftsrecht im Vergleich mit dem Grundgesetz

I.

Man begegnet häufig der Erwartung, daß die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft in ihren Prinzipien, Regeln und ihrer Gestalt mit der Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland übereinstimmen sollte. Die Exponenten der theoretischen und praktischen Volkswirtschaftspolitik haben in Deutschland in den vergangenen Jahrzehnten mit dem Beifall einer großen Mehrheit rechnen können, wenn sie die Beachtung der Grundsätze der sozialen Marktwirtschaft nachdrücklich auch für die Politik der Europäischen Gemeinschaft forderten. Wenige Hinweise mögen dafür genügen. Die Prinzipien ordoliberaler Politik der Freiburger Schule (Walter Eucken, Franz² Böhm u.a.) haben etwa durch von der Groeben¹ und Mestmäcker² zu Ausdeutungen der Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft geführt, die den Primat marktwirtschaftlicher Prinzipien nachdrücklich hervorheben. Auch an die berühmte Auseinandersetzung zwischen Ludwig Erhard und Walter Hallstein am 20./21. November 1962 in Straßburg kann man erinnern: damals, es ging um das Aktionsprogramm der EWG-Kommission für die zweite Stufe der Übergangszeit, verurteilte der deutsche Bundeswirtschaftsminister jede Art von mittel- und langfristiger Planung oder Programmierung, während Hallstein als Präsident der Kommission von den Staatsinterventionen sagte, daß ein Teil abgebaut, ein Teil jedoch unter³ gemeinschaftlicher Disziplin aufrechterhalten werden müsse³. In einem Zeitpunkt, in dem die Anziehungskraft der Planifikation französischen Stils verblaßt ist und in dem die Gemeinschaft

als wichtigste aktuelle wirtschaftspolitische Entscheidung diejenige für die Vollendung des Binnenmarktes getroffen hat, ist es wie nie zuvor realistisch, von einer europäischen Wirtschaftsverfassung auf marktwirtschaftlicher Grundlage zu sprechen. Diese Wirtschaftsverfassung ist indessen offen für Interventionen, die auf Akten der Gemeinschaftsgewalt beruhen. Thomas Oppermann, der jüngst die "Europäische Wirtschaftsverfassung nach der Einheitlichen Europäischen Akte" untersucht hat⁴, erinnert zutreffend daran, daß die Wirtschaftsverfassung der EG "wie praktisch jede Wirtschaftsverfassung unter parlamentarisch-demokratischen Umständen ... eine Mischung aus marktwirtschaftlich freiheitlichen ("liberalen"⁵) und interventionistischen ("dirigistischen") Elementen" aufweist. Hierbei ist aber die selbstbestimmende Entscheidung der am Wirtschaftsverkehr Teilnehmenden die Regel, die Intervention die begründungsbedürftige Ausnahme. Sozusagen das Kontrastprogramm zu der von der ordoliberalen⁶ Schule geprägten deutschen Sicht bietet Verloren van Themaat, der die These der Neutralität der Gemeinschaftsverfassung vertritt: Neutralität im Sinne einer gemeinschaftsverfassungsrechtlichen Gleichwertigkeit von Wirtschaftsfreiheiten und Interventionen, die dem Gemeinschaftsgesetzgeber kein Hindernis in den Weg legt, selbst weitgehend das Verhältnis zwischen Markt und Interventionen zu bestimmen.

Dem Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Wirtschaftsfreiheit und Intervention sind die folgenden Überlegungen gewidmet. Sie richten sich nur auf die Frage, in welchem Verhältnis Wirtschaftsfreiheit und Intervention verfassungsrechtlich zueinander stehen, nicht dagegen auf das, was ich einmal das "rechtsstaatliche Begleitprogramm" nennen möchte, also die - im übrigen hochwichtigen - rechtsstaatlich ausgerichteten Modalitätskontrollen wie Gleichheitssatz, Vertrauensschutz, Gesetzesvorbehalt und Verhältnismäßigkeit. Ansatzpunkt der

Überlegungen zum verfassungsrechtlichen Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Intervention sind die Wirtschaftsverfassungen des Grundgesetzes und der Europäischen Gemeinschaft. Dabei soll die juristische Frage nach den Verfassungsschranken der Intervention eingegrenzt werden auf die für die Verfassungsgerichtsbarkeit justiziablen Verfassungsmaßstäbe sowie auf die der Verfassungsgerichtsbarkeit funktionell-rechtlich zur Verfügung stehenden Überprüfungsprozeduren, mittels derer eine juristisch stringente Kontrolle von Interventionen ausgeübt werden kann. Niemand, der Realist ist, wird die Erwartungen, welche wir an die Verfassung als Instrument juristisch-verbindlicher Kontrolle von Interventionen hegen dürfen, besonders hoch spannen. Juristische Effizienz der von der Gerichtsbarkeit ausgeübten Verfassungskontrolle kann am ehesten noch von jener vorhin erwähnten rechtsstaatlichen Konditionierung der Modalitäten von Interventionen erwartet werden, während - wie noch zu zeigen sein wird - der eigentliche wirtschaftspolitische Primat der Wirtschaftsfreiheit vor der Intervention sich stark verflüchtigt, sobald Interventionen erst einmal tatsächlich vorliegen und nachträglich auf den gerichtlichen Prüfstand gelegt werden. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofes hat, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht zu einem Interventionsabbau - man würde heute auch sagen: Deregulierung - geführt. Die größte Deregulierungsmaßnahme dieses Jahrhunderts war die vom Wirtschaftsdirektor des Vereinigten Wirtschaftsgebietes Ludwig Erhard am 20. Juni 1948 angeordnete Beseitigung der Bewirtschaftung und Preisbindung für nahezu alle Konsumgüter. Sie wurde in einem Zeitpunkt getroffen, in dem eine Verfassung überhaupt nicht existierte, geschweige denn eine Verfassungsgerichtsbarkeit. Gleichsam als Vorläufer der noch fehlenden freiheitlichen Wirtschaftsverfassung fungierte 1948 der im wissenschaftlichen Beirat bei der Verwaltung für Wirtschaft versammelte Sachverstand, wobei die Ver-

treter der sozialen Marktwirtschaft wie Walter Eucken, Franz Böhm, Leonhard Miksch, Alfred Müller-Armack die Meinungsführer waren. Von ihnen gingen die Impulse für die freiheitliche Wirtschaftspolitik Ludwig Erhards aus - stärkere vermutlich, als je eine Norm der geschriebenen Staatsverfassung sie ausüben könnte.

II.

Von den beiden grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungskontrolle von Interventionen, dem Investitionshilfeurteil⁷ und dem Apothekenurteil⁸, bringt erst das letztere den eigentlichen Durchbruch zu einem Vorrang der Wirtschaftsfreiheit vor der Intervention. Das Investitionshilfeurteil war dagegen noch kryptisch verschlossen. In seiner Begründung blieb unklar, ob die Wirtschaftspolitik einen Vorrang der selbstbestimmenden Entscheidung der Wirtschaftssubjekte zu achten habe oder aber Wirtschaftsfreiheit und Intervention verfassungsrechtlich gleichwertig seien. Aus dem vielzitierten Satz "Dies ermöglicht dem Gesetzgeber, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet" mochte man das eine wie das andere herauslesen können. Das Apothekenurteil bedeutete dagegen tatsächlich so etwas wie Deregulierung mit verfassungsrechtlichen Mitteln. Sinnfällig drücken dies die Worte seines 8. Leitsatzes aus: "Auf dem Gebiete des Apothekenrechts entspricht der Verfassungslage gegenwärtig allein die Niederlassungsfreiheit, verstanden als das Fehlen objektiver Beschränkungen der Zulassung". Die strengen Kriterien, welche an die Zulässigkeit der Anwendung eines strict scrutiny-Maßstabes, der nicht nur materiellrechtlich akzentuiert wird ("Eingriff zum Schutz eines überragenden Gemeinschaftsgutes zwingend geboten"), sondern vor allem durch eine intensive prozessuale Nachprüfung mit gerichtlicher Beweisauf-

nahme und gerichtlicher Würdigung des wirtschaftlichen Sachverhaltes abgesichert wird. Man könnte daran denken, die Bedeutung eines solchen Urteils um deswillen etwas bescheidener einzuschätzen, weil nur zu entscheiden war, ob die von der Reichsgewerbeordnung von 1869 den Apotheken noch vorenthaltene oder ersparte Gewerbebefreiheit nachgeholt werden sollte, also mit dem Gerichtsurteil lediglich ein Überbleibsel uralter polizei- und wohlfahrtsstaatlicher Reglementierungen bereinigt und nicht etwa eine Aktivität des modernen Interventionsstaates korrigiert wurde. Doch würde diese Überlegung die fundamentale Bedeutung des Apothekenurteils nicht schmälern können. Schon gab es damals einen Gesetzentwurf der Bundesregierung¹⁰, der genau das später vom Bundesverfassungsgericht verworfene System bundeseinheitlich festmachen sollte.

Die gerechtfertigte hohe Einschätzung der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bedeutung des Apothekenurteils bedeutet jedoch keineswegs, daß das Verfassungsrecht der Bundesrepublik den Verfassungsvorrang der Wirtschaftsfreiheiten vor den Interventionen stringent gewährleiste. Auf zwei Umstände ist dabei aufmerksam zu machen. Erstens hat bereits das Apothekenurteil die "normale" Intervention, welche nicht die Stufe einer Berufszugangsrestriktion erreicht, grundsätzlich akzeptiert. Insofern sollte für die verfassungsgerichtliche Kontrolle nicht strict scrutiny gefordert werden, sondern der rational basis test genügen - die Parallele zu den Prüfungsmaßstäben des U.S. Supreme Court¹¹ war tatsächlich unübersehbar. Die "normale" Intervention ist hiernach schon mit ihrer Begründbarkeit gerechtfertigt, wobei freilich hinsichtlich der Art und Schwere noch zusätzliche rechtsstaatliche Kontrollmaßstäbe angelegt werden können. Die Begründung ist Sache der Exekutive und Legislative, während die Verfassungsgerichtsbarkeit nur eine großzügige Plausibilitätskontrolle ausübt. Aus der langen Liste von Interventionen, welche mühe-

los die verfassungsgerichtliche Kontrolle durchliefen, seien hier nur die Mineralölbevorratung¹², der Stabilisierungsfonds für Wein¹³, das Nachtbackverbot¹⁴ und das Mühlenstrukturgesetz¹⁵ genannt. Auch eine Ausnahme ist erwähnenswert, die Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Zweigstellensteuer¹⁶, die beträchtliche wettbewerbspolitische Bedeutung hatte. Hier verwendete das Bundesverfassungsgericht eines seiner rechtsstaatlichen Kontrollinstrumente, den Gleichheitssatz, als es die gesetzlichen Kriterien der Sonderbelastung mißbilligte. Der zweite Umstand, auf den zu verweisen ist, betrifft den eigentlichen Gegenstand des Apothekenurteils, die objektiven Sperren erwerbswirtschaftlicher Betätigung. Gewiß, dem Apothekenurteil ist noch die Niederlassungsfreiheit der Kassenärzte¹⁷ gefolgt - aber sonst wurde mit verfassungsrechtlichen Mitteln kaum noch Wesentliches bewegt, wenn es darum ging, festgefügte Barrieren anzugreifen, durch welche gesicherte Besitzstände unserer Wirtschafts- und Verwaltungsordnung geschützt werden. Durch Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich z.B. am Post- und Fernmeldemonopol¹⁸ und am Arbeitsvermittlungsmonopol nichts Wesentliches geändert. Am sozialen Besitzstand eines Arbeitsvermittlungsmonopols der von den Sozialpartnern beieinflußten Arbeitsverwaltung mochte auch das Bundesverfassungsgericht nicht rütteln¹⁹ - das war nun in jeder Hinsicht "ein anderer Fall" als bloß die Ausfüllung einer Reformlücke der Reichsgewerbeordnung, als die sich die Niederlassungsfreiheit der Apotheker darstellte. Das¹⁹ Urteil zum Arbeitsvermittlungsmonopol für Führungskräfte verwendet zwar die Formeln des Apotheken-Urteils, aber es übt keine strenge Nachprüfung der von der Verwaltung vorgebrachten Gründe, sondern stellt diese nur billigend dar. Vergleichbar ist die Beurteilung der Kontingentierung des Güterfernverkehrs²⁰: an die Stelle gerichtlicher Festlegung der "nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen Gefahren", die noch das Apothekenurteil gefordert hatte, tritt

unmerklich die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers in einer Situation, in der die Folgen "im einzelnen nicht vor-
 auszusehen"²¹ waren. Wo der Rechtfertigungszwang am größten sein sollte, bei den einschneidendsten Hindernissen freier erwerbswirtschaftlicher Betätigung, wird in Wahrheit zur De-
 regulierung die größte Kraftanstrengung benötigt, die aufzu-
 bringen offenbar der Verfassungsrechtsprechung nicht leicht fällt. Auf einen grundrechtlich begründeten Vorrang der Wirt-
 schaftsfreiheit vor der Intervention wird damit für das deut-
 sche Verfassungsrecht nicht verzichtet, aber es wird doch die
 Verwirklichung dieses Verhältnisses weitgehend wieder an die
 politischen Instanzen, die für die Wirtschaftspolitik verant-
 wortlich sind, verwiesen. Das alles muß man mitbedenken, wenn
 man sozusagen deutsche Maßstäbe für das Verständnis der Wirt-
 schäftsverfassung der EG sucht. Um aber den Befund der deut-
 schen Verfassungsrechtsprechung nicht einseitig zu zeichnen,
 möchte ich die Einblendung der deutschen Verfassungssituation
 nicht abschließen, ohne eine herausragende Entscheidung des
 Bundesverfassungsgerichts wenigstens zu erwähnen, die,
 gleichsam antizyklisch entscheidend, stringente Verfassungsg-
 renzen des²² Interventionismus herausgearbeitet hat, nämlich
 das Urteil²² zur Ausbildungsplatzabgabe als Prototyp der
 "Sonderabgabe", dessen verfassungsrechtlicher Ansatz völlig
 neuartig ist: nicht mehr die - anscheinend bereits überstra-
 pazierte - "Berufsfreiheit", sondern die Kombination der
 Grundsätze bundesstaatlicher Finanzverfassung und des Gebots²³
 der Gleichheit aller Bürger vor den öffentlichen Lasten²³ er-
 gab den Verfassungsmaßstab.

III.

In der EG, für deren Betrachtung wir uns hier auf die EWG beschränken, ist das Normenmaterial des Gemeinschaftsverfassungsrechtes, aus welchem Schranken interventionistischer Regelung abgeleitet werden können, sehr viel differenzierter und vielfältiger als im staatlichen Verfassungsrecht. Als Sitz der Wirtschaftsfreiheit bietet sich nicht nur, wie im Grundgesetz, ein gleichsam eindimensionaler grundrechtlicher Ansatz an, sondern ein zweiseitiger: einmal die Grundfreiheiten des Waren-, Personen- und Kapitalverkehrs, zum anderen grundrechtliche Freiheiten, die der EuGH als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts mit Vorrang vor dem sekundären Gemeinschaftsrecht ansieht.

Fassen wir zunächst die Bindung der Gemeinschaftsgewalt an die Grundfreiheiten ins Auge. Diese weisen zwei charakteristische Merkmale auf, von denen das eine geeignet ist, den Kontrollradius des Gemeinschaftsrechtes einzuschränken, das andere dagegen, die Stringenz der verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe zu verstärken. Als Einschränkung der Reichweite der Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes ist ihr ausschließlicher Bezug auf den die Binnengrenzen überschreitenden Wirtschaftsverkehr anzusehen. Stringenzerhöhend wirkt dagegen der Maßnahmencharakter der Grundfreiheiten, die sich nicht als jederzeit ausnahmefähige Grundsätze darstellen, sondern beispielsweise die auf den zwischenstaatlichen Warenverkehr erhobenen Abgaben und mengenmäßigen Beschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung abschaffen - fast wie ein konkretes Maßnahmengesetz. In seinem Urteil in der Sache Ramel²⁴ aus dem Jahre 1978 entschied der EuGH, daß die Gemeinschaftsgewalt an die grundlegenden Normen über den freien Warenverkehr gebunden sei. Dazu gab ihm ein kraß gelagerter

Sachverhalt Anlaß: im französisch-italienischen Weinkrieg hatte Frankreich eine Abgabe auf die Weineinfuhr eingeführt und sich dafür auf eine Schutzklausel der Weinmarktordnung von 1970 berufen. Der EuGH erklärte die Schutzklausel für ungültig, soweit sie die Ermächtigung zur Einföhrung von zollgleichen Abgaben im Binnenhandel der Gemeinschaft enthielt. Die agrarpolitischen Regulierungskompetenzen des Vertrags dürften, so das Gericht ausdrücklich²⁵, nur "unter dem Gesichtspunkt der Einheit des Marktes und unter Ausschluß jeglicher Maßnahme ausgeübt werden ..., die die Abschaffung der Zölle und der mengenmäßigen Beschränkungen oder der Abgaben oder Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten gefährden könnte". Dagegen hatte der EuGH²⁶ die Währungsausgleichsbeträge im innergemeinschaftlichen Agrarhandel gebilligt - wobei die Rechtfertigung, wie das Gericht im Ramel-Urteil hervorhob, nur aus dem Zwang folgte, die Wirkungen der Wechselkursschwankungen zu berichtigen, "die in einer auf gemeinsame Preise gestützten gemeinsamen Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse naturgemäß Störungen ... hervorrufen"²⁷. So darf man die Zulassung der Währungsausgleichsbeträge gewissermaßen als den Sonderfall einer Güterabwägung ansehen, in welcher der Gemeinschaft die Einföhrung einer Abgabe auf den zwischenstaatlichen Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft ausnahmsweise möglich war. Daß das Verbot, den innergemeinschaftlichen Warenverkehr mit Abgaben zu belasten, auch für die Gemeinschaft gilt, hat der EuGH kürzlich in einem Urteil aus dem Jahre 1988²⁸ bestätigt. Sehr viel komplizierter liegen die Dinge, wenn man versucht, das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen auf Regulierungen der Gemeinschaft anzuwenden. Die Cassis de Dijon-Rechtsprechung mit ihrer gegenüber dem staatlichen Sicherheits-, Verbraucherschutz- und Umweltrecht neben anderen Rechtsmaterien, ausgeübten Erforderniskontrolle ist nicht auf die Gemeinschaftsrechtset-

zung übertragbar. Denn Regulierungen, die als mitgliedstaatliche den Binnenhandel der Gemeinschaft behindern können und dadurch gemeinschaftswidrige Beschränkungen der Einfuhren oder des freien Dienstleistungsverkehrs sind,²⁹ verlieren diese Eigenschaft, sobald sie harmonisiert sind²⁹. Man wird durch diese Überlegung mit Nachdruck darauf zurückverwiesen, daß die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten zunächst einmal Gleichheitssätze sind, die den Marktteilnehmern Chancengleichheit eröffnen. Aber es wäre eine verengte Sicht, in der Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheiten im Gemeinsamen Markt nur Gleichheit der Chancen und nicht auch gleiche Wirtschafts-Freiheit erblicken zu wollen. Der EuGH wird stärker gefordert werden, wenn die Rechtsharmonisierung weiter voranschreitet und damit zunehmend auch interventionistische Regulatorik in das Gemeinschaftsrecht eingeht. Die in den Grundfreiheiten angesiedelten Verbote der Behinderung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs werden als Kontrollmaßstäbe nur in Fällen greifen, die eine tatsächliche Behinderung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs bedeuten, wie z.B. Importkontrollen oder z.B. das Erfordernis von Anzeigen, Zulassungen für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr³⁰. Soweit dabei lediglich Harmonisierung an die Stelle der bisher einseitig von den Mitgliedstaaten verfügbaren Kontrollen tritt, ist der EuGH, wie seine Rechtsprechung zur Pflanzenbeschau - den "phytosanitären Kontrollen" - belegt, bereit, der³¹ Gemeinschaft einen großen Ermessensspielraum zuzubilligen³¹. Im übrigen aber verhält es sich so, wie Wulf-Henning Roth, der die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes für den Bereich des Dienstleistungsrechtes untersucht hat, vollkommen zutreffend feststellt, daß in der Rechtsprechung des EuGH erst noch näher zu bestimmen³² sein wird, wo die Grenzen des Ermessens im einzelnen liegen³². Auch ist es noch offen, ob der EuGH die Kontrollmaßstäbe, denen er gemeinschaftsrechtli-

che Regulierung unterwirft, unmittelbar dem Verbot von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie Ein- und Ausfuhrabgaben und mengenmäßige Beschränkungen entnimmt, wie es das Ramel-Urteil zu indizieren scheint, oder ob er zu einem flexibleren "Grundsatz des freien Warenverkehrs" als einem der sog. allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechtes Zuflucht nimmt³³. Den letzteren Weg beschreitet er in seinem Urteil ADBHU³⁴, welches die Altöl-Richtlinie der Gemeinschaft betrifft. Der Gegenstand ist deshalb von Interesse, weil die Richtlinie sowohl ein Zulassungssystem als auch Verwertungsbeschränkungen vorsieht. Der EuGH sagt hier: "Die Grundsätze des freien Warenverkehrs und des freien Wettbewerbs sowie die grundrechtliche Handelsfreiheit stellen allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts dar, über deren Einhaltung der Gerichtshof wacht. Die erwähnten Vorschriften der Richtlinie sind also anhand dieser Grundsätze zu prüfen." Dabei stellt er näher darauf ab, daß die in der Richtlinie zum Zwecke des Umweltschutzes vorgesehenen Maßnahmen weder diskriminierend sein, noch "über die unvermeidlichen Beschränkungen hinausgehen" dürften, "die aus Gründen des Umweltschutzes, eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels, gerechtfertigt sind".

Es stellt sich schließlich noch die Frage, was im Gemeinschaftsrecht vom Grundrecht der Berufsfreiheit in seinem Verständnis als Freiheit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung zu erwarten ist. Es ist bekannt, daß der EuGH dieses Grundrecht zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechtes zählt³⁵, daß die Rüge seiner Verletzung zu dem bevorzugten Vorbringen deutscher Prozeßbeteiligter gehört und daß sie vor dem Luxemburger Forum bisher stets aussichts- und erfolglos war. Immerhin war es kürzlich die Bundesregierung selbst, die sich der Umsetzung einer Bestimmung der Qualitätsweinrichtlinie, welche verlangt, daß die Verarbeitung der Trauben innerhalb des betreffenden Anbaugbietes stattfindet, mit dem Ein-

wand zu entziehen sucht, diese Gemeinschaftsmaßnahme stelle für bestimmte Kellereien eine schwere Beeinträchtigung des Eigentumsrechtes und des Rechtes der freien Berufswahl dar, die nicht im allgemeinen Interesse der Gemeinschaft gerechtfertigt sei³⁶. Der EuGH will das aus der Bundesrepublik und vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in das Gemeinschaftsrecht importierte Grundrecht der Berufsfreiheit - ebenso wie das Eigentumsrecht - nur als "in den Grenzen gewährleistet" ansehen, "die durch die dem Gemeinwohl dienenden Ziele der Gemeinschaft gesetzt werden, soweit dadurch nicht der Wesensgehalt dieses Rechts angetastet wird"³⁷. Dabei spricht er auch vom "Wesensgehalt der freien Berufswahl"³⁸. Natürlich hat diese Formel bisher einen rein abwehrenden Charakter, indem sie die offensichtliche Aussichtslosigkeit aller bisher dem Gerichtshof vorgetragenen Rügen der Verletzung des Grundrechtes der Berufsfreiheit demonstrieren will. Aber dennoch darf man sie auch im positiven Sinne Ernst nehmen. Die Wesensgehalts-Formel zielt auf den harten Kern des Apothekenurteils des Bundesverfassungsgerichts, die objektiven Sperren des Berufszugangs betreffen, über den sich auch das Gemeinschaftsrecht nicht hinwegsetzen darf.

In unserem Vergleich zwischen den Verfassungsschranken der Intervention nach europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht sollte allein das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Intervention, die Frage nach dem Primat der Wirtschaftsfreiheit vor der Intervention, eine Rolle spielen, nicht dagegen das ebenfalls hochwichtige rechtsstaatliche "Begleitprogramm", die vielfältigen rechtsstaatlichen Konditionierungen der Interventionen. Auf die Rechtsprechung des EuGH auf diesem Gebiet, die mit den drei Kontrollinstrumenten Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot³, Grundsatz des Vertrauensschutzes⁴⁰ und Verhältnismäßig-

keitsgrundsatz⁴¹ hervorragendes leistet, sei deshalb nur der Vollständigkeit halber hingewiesen. Was aber die Antwort auf die gestellte Frage betrifft, so kann sie nur positiv ausfallen. Das Gemeinschaftsrecht erkennt die Wirtschaftsfreiheiten als fundamentale Prinzipien an. Interventionen unterliegen einem je nach ihrer Tragweite zu steigernden Rechtfertigungszwang.

ANMERKUNGEN

- 1 Der Gemeinsame Markt als Kern und Motor der Europäischen Gemeinschaft, in: Europa ringt um seine Wirtschaftsverfassung, FS Narjes, 1984, S. 19.
- 2 Auf dem Weg zu einer Ordnungspolitik für Europa, in: FS von der Groeben, 1987, S. 9 ff.
- 3 Bulletin der EWG, 1 - 1963, S. 8 ff.
- 4 In: Peter-Christian Müller-Graff, Manfred Zuleeg (Hrsg.), Staat und Wirtschaft in der EG, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Bodo Börner, 1987, S. 53 ff.
- 5 A.a.O., S. 56.
- 6 Die Aufgabenverteilung zwischen dem Gesetzgeber und dem Europäischen Gerichtshof bei der Gestaltung der Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften, in: FS von der Groeben, 1987, S. 425 ff. (429 und durchgehend).
- 7 Vom 20.7.1954 (BVerfGE 4, 7).
- 8 Vom 11.6.1958 (BVerfGE 7, 377).
- 9 Winfried Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987 S. 42.
- 10 BT-Drucks. 2/1233.
- 11 Brugger, a.a.O. (Fn. 9), S. 41 ff.
- 12 BVerfGE 30, 292.
- 13 BVerfGE 37, 1.
- 14 BVerfGE 23, 50.
- 15 BVerfGE 39, 210.
- 16 BVerfGE 19, 101.
- 17 BVerfGE 11, 30.
- 18 Vgl. dazu: Albert Hesse, Die Verfassungsmäßigkeit des Fernmeldemonopols der Deutschen Bundespost, 1984; Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommunikation ohne Monopole - über Legitimation und Grenzen des Fernmeldemonopols. Ein Symposium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, 1980; Peter Lerche, Fernmeldemonopol und gesetzgeberische Bewegungsfrei-

- heit, in: Festschrift Obermayer (1986), S.. 75 ff.
- 19 BVerfGE 21, 245.
- 20 BVerfGE 40, 196.
- 21 BVerfGE 40, 196 (222).
- 22 BVerfGE 55, 274.
- 23 BVerfGE 55, 274 (304).
- 24 Rs 80 und 81/77, Urt. v. 20.4.1978, Slg. 1978, 927.
- 25 Slg. 1978, 927 (947).
- 26 Rs 10/73 Rewe, Urt. v. 24.10.1973, Slg. 1973, 1175.
- 27 A.a.O. (Fn. 25).
- 28 Rs 61/86, Urt. v. 2.2.1988 "Claw back".
- 29 Wulf-Henning Roth, die Harmonisierung des Dienstleistungsrechts in der EWG, EuR 1987, 7 (13).
- 30 Roth, a.a.O. (Fn. 29).
- 31 Rs 37/83 Rewe, Urt. v. 29.2.1984, Slg. 1984, 1229.
- 32 A.a.O. (Fn. 29), S. 15.
- 33 Dafür Heinrich Matthies, Die Verfassung des Gemeinsamen Marktes, in: Gedächtnisschrift Sasse, Bd. 1 (1981) S. 115 (120 f.), der nur eine Bindung an "Grundsätze", nicht aber an die für die Mitgliedstaaten verbindlichen Vertragsartikel anerkennen will. Zum Problem s. auch Peter Oliver, La Législation communautaire et sa conformité avec la libre circulation des marchandises, CDE 1979, S. 245 ff.
- 34 Rs 240/83, ADBHU, Urt. v. 7.2.1985, Slg. 1985, 531.
- 35 Rs 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Urt. v. 17.12.1970, Slg. 1970, 1125 (1134 ff.); Rs 4/73, Nold, Urt. v. 14.5.1974, Slg. 1974, 491 (507); Rs 44/79, Hauer, Urt. v. 13.12.1979, Slg. 1979, 3727 (3750); Rs 116/82, Kommission/BRep. Deutschland, Urt. v. 18.9.1986, Slg. 1986, 2519 (2545), Rs 234/85, Keller, Urt. v. 8.10.1986, Slg. 1986, 2897 (2912); Rs 133-136/85, Rau u.a., Urt. v. 21.5.1987, NJW 1987, 2148 f.
- 36 Rs 116/82, Kommission/BRep. Deutschland, Urt. v.

- 18.9.1986, Slg. 1986, 2519 (s. S. 2545).
- 37 Rs 234/85, Keller, Urt. v. 8.10.1986, Slg. 1986, 2897 (2912).
- 38 A.a.O. (Fn. 37).
- 39 Eine Verletzung nahm der EuGH etwa an in: Rs 117/76 und 16/77, Ruckdeschel u.a., Urt. v. 19.10.1977, Slg. 1977, 1753 (1771); Rs 124/76 und 20/77, Moulins et Huilleries de Pont à Mousson u.a., Urt. v. 19.10.1977, Slg. 1977, 1795 (1812 f.). Vgl. i.ü. die Übersicht über die einschlägige EuGH-Rechtsprechung bei Jürgen Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Band 1 (1988), S. 529 ff.
- 40 Diesen Grundsatz hielt der EuGH für nicht beachtet in: Rs 74/74, CNTA, Urt. v. 14.5.1975, Slg. 1975, 533 (549 f.); Rs 224/82, Meiko, Urt. v. 14.7.1983, Slg. 1983, 2439 (2549 f.); Rs 120/87, Mulder, Urt. v. 28.4.1988, EuGRZ 88, 321 ff.; Rs 170/86, von Deetzen, Urt. v. 28.4.1988, EuGRZ 1988, 324 ff. Siehe dazu auch Klaus-Dieter Borchardt, Vertrauensschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht - Die Rechtsprechung des EuGH von Algera über CNTA bis Mulder und von Deetzen, EuGRZ 1988, 309 ff. und insgesamt: Jürgen Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Band 2 (1988), S. 911 ff.
- 41 Der EuGH sah diesen Grundsatz als verletzt an z.B. in: Rs 114/76, Bela-Mühle, Urt. v. 5.7.1977, Slg. 1977, 1211 (1221); Rs 116/76, Granaria, Urt. v. 5.7.1977, Slg. 1977, 1247 (1264); Rs 119 und 120/76, Ölmühle Hamburg, Urt. v. 5.7.1977, Slg. 1977, 1269 (1287) - jeweils i.V.m. dem Diskriminierungsverbot des Art. 40 III UA 2 EWGV. Weiter: Rs 122/78, Buitoni, Urt. v. 20.2.1979, Slg. 1979, 677 (685); Rs 240/78, Atalanta, Urt. v. 21.6.1979, Slg. 1979, 2137 (2150 f.); Rs 191/84, Man Sugar, Urt. v. 24.9.1985, Slg. 1985, 2889 (2903 ff.); Rs 1/85, Maas, Urt. v. 27.11.1986, Slg. 1986, 3537 (3556 ff.). Vgl. i.ü. zur Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Jürgen Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Band 2 (1988), S. 708 ff.; Sergio Neri, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole, RTDE 1981, 652 ff.; Klaus-Volker Schiller, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Europäischen Gemeinschaftsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH, RIW 1983, 928 ff.

Peter Selmer, Hamburg

Aktuelle Rechtsfragen der Rundfunkfinanzierung unter Berücksichtigung europarechtlicher Aspekte

A. Vorbemerkung

Anders als die in unruhiger See schlingernden Medienschiffe mancher anderer Mitgliedstaaten der EG - man denke etwa an die im Streit befindlichen tiefgreifenden strukturellen Änderungen des niederländischen Rundfunksystems¹ einschließlich seiner Finanzierungsgrundlagen oder das jüngst vorgestellte Weißbuch des britischen Innenministers zur Gestaltung eines weithin deregulierten und marktgeöffneten Rundfunks in Großbritannien² - bewegt sich der duale Rundfunk der Bundesrepublik nach den Wechselbädern der 4. und 5. Rundfunkentscheidung³ zur Zeit in etwas ruhigeren Bahnen. Von der anstehenden 6. Entscheidung des BVerfG wird grundlegend Neues für die Gesamtordnung des Rundfunks nicht erwartet werden dürfen; es ist jedoch durchaus auch von gewichtiger Bedeutung, ob die Bestands- und Entwicklungsgarantien des WDR-Gesetzes⁴ und damit in der Sache auch die des Rundfunk-Staatsvertrages zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks⁵ der Prüfung des BVerfG standhalten werden. Insgesamt ist seit der 5. Rundfunkentscheidung aber eine deutliche Akzentverlagerung der Diskussion fort vom Rundfunkrechtlichen und hin zum Wirtschaftsrecht zu beobachten⁶, was eine natürliche Folge des nunmehr real bestehenden dualen Rundfunksystems mit seinem publizistischen, aber keineswegs nur publizistischen Wettbewerb ist. Diese gewisse Beruhigung im rundfunkrechtlichen Bereich mag eine kurze Bestandsaufnahme rechtfertigen, die ich Ihnen im folgenden - unter Hervorhebung einer Reihe nach wie vor aktueller Rechtsfragen - für den Finanzierungsbereich vortra-

gen möchte. Ich werde sie ergänzen um einige Bemerkungen zum Stand des sich entwickelnden europäischen Rundfunkmarktes, der seinerseits, wie deutlich geworden ist, umgekehrt einige Mühe hat, den Rundfunk nicht nur als ökonomischen Tatbestand, sondern auch als Teildisziplin des Kulturrechts zu begreifen und entsprechend gemeinschaftsrechtlich zu handhaben .

B. Finanzierungsfragen der nationalen Rundfunkordnung

I. Die allgemeinen finanzierungsrechtlichen Vorgaben des Art. 5 I S.2 GG

Wie das verfassungsrechtliche Gebäude des dualen Rundfunks insgesamt, so ist auch seine Finanzverfassung - wie sie sich gegenwärtig darbietet - wesentlich ein Werk verfassungsrichterlicher Rechtsschöpfung. Hierüber zu räsonieren erscheint wenig sinnvoll. Manches mag dafür sprechen, die anstelle eines schlicht liberalen Grundrechts vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeitete rundfunkverfassungsrechtliche Dogmatik mit meinem Hamburger Kollegen Bettermann dem Thema "Hypertrophie der Grundrechte" zuzuweisen . Ein Zurück kann es schwerlich geben. Zu hoffen bleibt nur, daß mit zunehmendem Entfallen der sogenannten "Sondersituation" des Rundfunks die liberalen Elemente der Rundfunkfreiheit zunehmend kräftiger hervortreten - mag auch die ausdrückliche grundgesetzliche Gleichstellung von Rundfunk und Film sich niemals zur Gänze verwirklichen lassen. Aber zurück zur rechtlichen Finanzverfassung des Rundfunks. Sie gibt in ihrer Ausformung durch das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bekanntlich einige Vorgaben von erheblichem Gewicht, zugleich allerdings beträchtlicher Unschärfe des Maßstabs:

Zustimmend ist der Ansatz zu vermerken, daß das Gericht mit der Anerkennung der verfassungskräftigen Verpflichtung des Gesetzgebers aus Art. 5 I S.2 GG, "geschützten", d.h. zugelassenen Programmen ihre "hinreichende Finanzierung" rechtlich zu ermöglichen¹⁰, die materielle Verfassungsrechtslage nunmehr deutlicher als bisher auch den Finanzierungsbelangen der privaten Anbieter öffnet. Diese Sicht erscheint zwar in der 5. Rundfunkentscheidung eingebettet in ein den Privaten¹¹ eher abweisend gegenüberstehendes argumentatives Umfeld¹¹. Das ändert aber in der Sache nichts daran, daß nach insoweit unmißverständlich geäußerter Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nunmehr für die zugelassenen privaten Programme, wenn auch nicht nur für sie, von Verfassungs wegen die rechtliche Möglichkeit eröffnet sein muß, diese Programme auch zu finanzieren. Es hat in diesem Zusammenhang den Gesetzgeber auch für jedenfalls befugt gehalten, die verfassungskräftigen Finanzierungsinteressen des Privatfunks durchzusetzen. Von einer entsprechenden Verpflichtung ist allerdings nicht die Rede¹². Immerhin hat das Gericht mit der Anerkennung potentiell auch zu Lasten der öffentlich-rechtlichen Anstalten gehender Finanzierungsinteressen der Privaten seine an anderer Stelle¹³ sich abzeichnende, etwas realitätsfremde Verabsolutierung und Isolierung des publizistischen Wettbewerbs - so, als ginge es im dualen System nur um "journalistischen Qualitätswettbewerb", frei vom "notorischen Ringen um Einschaltquoten und Werbegelder"¹⁴ - deutlich relativiert. Gewiß mit Recht. Der publizistische Wettbewerb setzt eine wirtschaftliche Basis voraus; wer hierüber nicht verfügt,¹⁵ kann nicht in den publizistischen Wettbewerb eintreten.

Die Schlußfolgerung, das Bundesverfassungsgericht habe damit eine für beide Sektoren des dualen Systems gleichmäßig wirksame Finanzverantwortung des Gesetzgebers ausgespro-

chen, scheint sich anzubieten. Sie wäre indes unzutreffend. Allzu groß ist die Kluft, die sich bei näherem Hinsehen auf tut: So ist entgegen häufig geäußerter Auffassung¹⁶ weder dem Niedersachsen-Urteil¹⁷ noch dem Baden-Württemberg-Beschluß¹⁸ die These zu entnehmen, der private Rundfunk sei zu Bedingungen zuzulassen, die ihn "faktisch möglich" machten. Richtig ist nur, daß den Privaten durch die Zuerkennung eines verfassungskräftigen Anspruchs auf Einräumung von Werbemöglichkeiten eine Finanzierungschance eingeräumt wird, nicht mehr. So formuliert denn auch die Präambel der Gemeinsamen Richtlinien der Landesmedienanstalten zur Durchführung der Werberegelungen des Rundfunkstaatsvertrages - Entwurf vom 10.11.1988¹⁹ - durchaus treffend: "Die Hörfunk- und Fernsehwerbung stellt für den privaten Rundfunk die wichtigste und in der Regel die einzige Finanzierungsquelle dar. Aus diesem Grunde sind private Rundfunkveranstalter darauf angewiesen, die ihnen gesetzlich eingeräumten Möglichkeiten zur Werbefinanzierung voll auszuschöpfen". Aber ob ihnen diese Ausschöpfung gelingt, ist eben vor allem eine Frage der den öffentlich-rechtlichen Anstalten ihrerseits rechtlich zur Verfügung stehenden Werbemöglichkeiten. Sie zu beschneiden - sei es zugunsten der privaten Anbieter, sei es zugunsten der Presse - hält das Bundesverfassungsgericht zwar ("zumindest für eine Übergangszeit"²⁰) für zulässig, bezeichnenderweise (nur) nach Zulässigkeitsmaßgabe eines "Eingriffs in die Rundfunkfreiheit" der öffentlich-rechtlichen Anstalten gemäß Art. 5 II GG²¹, nicht aber für verfassungsrechtlich geboten.

Demgegenüber hat die vom Bundesverfassungsgericht²² ausgesprochene Gewährleistung funktionsgerechter Finanzierung für die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne weiteres nicht nur die rechtliche, sondern zugleich auch die tatsächliche Sicherstellung bestimmter, ziemlich exakt voraus-

berechenbarer Finanzaufkommen zum Inhalt, sei es aus Gebüh-
 renerhebung, sei es aus Wirtschaftswerbung. Da das BVerfG
 die Funktionsgarantie zugunsten der öffentlich-rechtlichen
 Anstalten in der 5. Fernsehentscheidung zugleich von der
 Bindung an das Kriterium der sogenannten "Grundversorgung"
 gelöst hat²³, erscheinen ferner auch Funktionsausweitungen
 jenseits der Grundversorgung - d.h. zusätzliche Programme -
 grundsätzlich als von der Finanzierungsgarantie des Art. 5
 I S.2 GG mitumfaßt²⁴. Stehen dem nicht von vornherein ein-
 grenzungstendierende Finanzierungspositionen der privaten
 Rundfunkanbieter gegenüber - so der deutliche Anschein der
 5. Rundfunkentscheidung -, läßt sich offenbar nicht einmal
 den neuerlich wiederholt erhobenen Forderungen der ARD auf
 zeitliche Ausdehnung der Werbung²⁵ die verfassungsgericht-
 liche Judikatur strikt entgegenhalten. Entsprechendes
 trifft für die Existenzfähigkeit der Presse zu, deren Ak-
 tivposition gegenüber den ausgreifenden Belangen der öf-
 fentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Judikatur des
 Bundesverfassungsgerichts gleichermaßen merkwürdig blaß ge-
 blieben ist²⁶.

II. Positionen einer verfassungsgerechten Rundfunkfinanzie- rung

Gegenüber der so skizzierten Sicht ist unter dem Gesichts-
 punkt des Art. 5 I S.2 GG auf folgendem zu beharren, wie
 ich an dieser Stelle nur etwas holzschnittartig vortragen
 kann:

1. Grenzen einer finanzierungsbezogenen Funktionsauswei-
 tungsgarantie zugunsten der öffentlich-rechtlichen An-
 stalten

Die den öffentlich-rechtlichen Anstalten in der 5. Rund-

funktentscheidung grundsätzlich gegebene Funktionsausweitung-Finanzierungsgarantie kann nicht grenzenlos sein, will man nicht das duale System von vornherein zum Scheitern verurteilen. Einen gewissen Hinweis gibt hier das Bundesverfassungsgericht selbst, wenn es die Gewährleistung funktionsgerechter Finanzierung ausdrücklich auf diejenigen Programme bezieht, deren Veranstaltung den speziellen Funktionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht nur entspricht, sondern "auch zur Wahrnehmung dieser Funktionen erforderlich ist"²⁷. Hierin liegt eine gewisse Einschränkung der Finanzierungsgarantie. Der Maßstab des "Erforderlichen" ist freilich denkbar unscharf²⁸; ihn zu operationalisieren wird eine schwierige, aber unumgängliche Aufgabe sein. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Baden-Württemberg-Entscheidung immerhin die - annehmbare - Richtung gewiesen: Es genügt im jeweiligen jenseits der Grundversorgung gelegenen neuen Funktionsbereich, daß der öffentlich-rechtliche Rundfunk überhaupt²⁹ in ihm vertreten, d.h. nicht gänzlich ausgeschlossen ist. Da die Finanzierungsgarantie erst mit der Eröffnung eines neuen Funktionsbereichs entsteht, gibt Art. 5 I S. 2 GG also keine Handhabe für die finanzielle Absicherung einer unbegrenzten Programmexpansion³⁰.

Unbeschadet der noch weithin offenen Frage, ob und inwieweit die Erschließung neuer Entwicklungsbereiche zugunsten der öffentlich-rechtlichen Anstalten autonom³¹ geschehen kann oder dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt: Eine wesentliche Sicherungsfunktion für die Einhaltung des zur Wahrnehmung ihres Rundfunkauftrages Erforderlichen kommt in jedem Falle dem Gebührengesetzgeber zu. Die durch diesen wahrgenommene Sicherungsfunktion erscheint allerdings bedroht, sollte sich der VGH München mit seiner in einem Vorlagebeschuß an das Bundesverfassungsgericht vom 6.7.1988³²

vertretenen Auffassung durchsetzen, die Festsetzung der Gebühren für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch die Länderparlamente verstoße gegen die Rundfunkfreiheit. Diese Auffassung überzeugt nicht. Richtig ist, daß die Zuweisung der Gebührenhöhebestimmung an den Gesetzgeber die finanzielle Selbstverwaltung der Rundfunkanstalten insoweit eingrenzt. Darin aber liegt kein verfassungswidriger, weil nicht erforderlicher Eingriff in die Rundfunkfreiheit, sondern eine im Rahmen des Art. 5 II GG vernünftige und angemessene Begrenzung derselben, möglicherweise sogar nur eine Ausgestaltungsregelung gemäß Art. 5 I S. 2 GG. Wenn der VGH München als milderes und damit von Verfassungs wegen zu bevorzugendes Mittel ein Gesetz über die Erhebung von Rundfunkgebühren ansieht, in dessen Vollzug dann die öffentlich-rechtlichen Anstalten autonom die Gebührenhöhe festsetzen, so übersieht er, daß ein solches Verfahren keineswegs in gleicher Weise wie die Festsetzung der Gebührenhöhe durch das Parlament in der Lage ist, die Einhaltung des rundfunkfreiheitsrechtlich Notwendigen und (noch) Zulässigen zu sichern; das gilt auch unter Berücksichtigung der ferner in Erwägung gezogenen Möglichkeit, die "staatliche Genehmigung von Gebührensatzungen der öffentlich-rechtlichen Anstalten" vorzusehen, was immer hier mit "staatlich" gemeint sein mag.

Bei dieser Würdigung ist der Umstand nicht ohne Gewicht, daß es sich bei der gebührenpflichtigen Leistung der Rundfunkanstalten insgesamt um eine solche von - finanzwissenschaftlich gesprochen - denkbar geringer Nachfrageelastizität handelt. Da die Gebühr bereits für das Bereithalten eines Rundfunkgerätes zum Empfang erhoben wird - zu Recht wird deshalb³³ von einer Gebühr mit starkem Beitragseinschlag gesprochen -, hat der Rezipient nur die Möglichkeit, die Leistung insgesamt zu akzeptieren oder auf sie durchgehend

zu verzichten. Letzteres ist die absolute Ausnahme. Aus dieser Sicht erscheint es sehr wohl angemessen, die Rundfunkgebühr als einen tatsächlich nahezu alle treffenden sozialen und politischen Preis auch durch eine unmittelbar demokratisch legitimierte politische Instanz, d.h. aber das Parlament, entscheiden zu lassen. Die Besonderheit der dualen Rundfunkordnung bestätigt dies unter anderem Aspekt, wirft doch unter dem Regime dieser Ordnung jede Gebührenerhebung notwendig Legitimationsprobleme nicht nur im Verhältnis zu den Rezipienten, sondern auch zu den konkurrierenden privaten Anbietern auf³⁴; ihre Lösung ist gleichermaßen beim Parlament am besten aufgehoben. Die Einbeziehung der Parlamente in die Gebührenhöhebestimmung verstößt daher jedenfalls solange nicht gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks, als das Parlament nicht über seine Entscheidungszuständigkeit Einfluß auf die bereits rechtmäßig³⁵ betriebenen Programme zu nehmen versucht. Hiervon kann bisher, wenn ich recht sehe, nicht die Rede sein.

Schließlich schlägt auch nicht der Hinweis des VGH München auf die Kontrollmöglichkeiten der Landesrechnungshöfe. Die rundfunkverfassungsrechtliche Erforderlichkeitsprüfung ist mit der Wirtschaftlichkeitsprüfung der Rechnungshöfe nicht deckungsgleich und ihr daher letztlich inkommensurabel. Beide Prüfungen liegen - abgesehen davon, daß die erstere ihren Blick vor allem nach vorn, die letztere den ihren vor allem nach hinten richtet - auf unterschiedlichen Ebenen. Richtig ist allerdings, daß die - sich erst in jüngerer Zeit kräftig entfaltende - Wirtschaftlichkeitsprüfung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch die Rechnungshöfe noch entschieden an Bedeutung gewinnen wird, sollte der VGH München wider Erwarten mit seinem Vorlagebeschluß beim Bundesverfassungsgericht Erfolg haben.

2. Zu den Werbemöglichkeiten

Der aus der Rundfunkfreiheit abzuleitende allgemeine Anspruch der Privaten auf rechtliche Sicherung angemessener Werbemöglichkeiten ist durch einen besonderen Anspruch auf Werbebeschränkungen des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu ergänzen, die die rechtliche Möglichkeit der Privaten zum Rundfunkmachen grundsätzlich auch als eine tatsächliche erscheinen lassen. Derartige Beschränkungen stellen sich³⁶ entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht als eine Beschränkung der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 II GG, sondern als Ausgestaltungsregelung im Rahmen des Art. 5 I S.2 GG dar³⁷. Sie dienen unmittelbar der Sicherung und Verbreiterung der Rundfunkfreiheit. Finanzierungsregelungen aber, die - wie hier Werbebeschränkungen gegenüber den öffentlich-rechtlichen Anstalten - den Schutz der Rundfunkfreiheit erst tatsächlich bewirken, weil diese Freiheit andernfalls für einen Teil der Wettbewerber bloße Theorie und ohne Inhalt bliebe, können nicht zugleich eine die Rundfunkfreiheit beschränkende Regelung sein, die als solche nur auf der Grundlage des Art. 5 II GG zulässig ist.

Umgekehrt wirken, da der private Rundfunk ein verfassungskräftiges Recht auf Werbefinanzierung hat, Werbebeschränkungen zu Lasten der Privaten insoweit als Grundrechtsbeschränkungen³⁸. Sie bedürfen der besonderen Legitimation insbesondere unter dem rechtsstaatlichen Gesichtspunkt der Erforderlichkeit. Das läuft auf die Frage hinaus, ob nicht unter dem Regime des Art. 5 I S.2 GG grundsätzlich eine gänzliche Trennung der Finanzierungsquellen geboten ist³⁹. Denn mit der Rundfunkgebühr steht eine relativ eingriffsneutrale, jedenfalls aber die Privaten minder belastende Finanzierungsart zur Verfügung⁴⁰, der infolgedessen im Prinzip der Vorzug zu geben wäre. Daß ein gewisser Anteil an

Werbefinanzierung die öffentlich-rechtlichen Anstalten auch fernerhin zu einem Mindestmaß an Rückbindung zum Rezipienteninteresse zwänge⁴¹, stünde als ein tatsächlicher Nützlichkeitsgesichtspunkt hierzu nicht in Widerspruch; zu einer solchen Rückbindung zwingt rechtlich überdies schon die Rundfunkfreiheit selbst. Wie auch immer: Mittelfristig wird sich ohnehin ein Ausschluß der öffentlich-rechtlichen Anstalten von der Wirtschaftswerbung verfassungskonform nicht ins Werk setzen lassen. Das folgt allerdings nicht aus Art. 5 I S.2 GG allein, sondern aus einer Verbindung dieser Bestimmung mit dem in Art. 20 III GG angelegten Gebot rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes wie rechtsstaatlicher Kontinuitätsgewähr. Die öffentlich-rechtlichen Anstalten dürfen angesichts des bis zum 4. Rundfunkurteil weithin diffusen tatsächlichen und rechtlichen Erkenntnisstandes im Rundfunkwesen darauf vertrauen, daß ihnen die bis dahin ungeachtet mancher problematischen Einzelfrage im Grunde nicht bestrittenen Werbemöglichkeiten - ⁴²wenngleich langfristig degressiv - auch weiterhin zustehen⁴². Dabei steht ihnen nicht nur das berechtigte Interesse der Rezipienten zur Seite, nicht alsbald und unversehens mit einer gewichtigen Gebührenerhöhung für den Ausfall an Werbeeinnahmen zur Kasse gebeten zu werden⁴³, sondern auch die durch Art. 12 und 14 GG thematisch geschützten Interessen der werbenden Wirtschaft⁴⁴, jedenfalls bis zur Überwindung der Reichweitschwächen der Privaten nicht unangemessen in ihren Möglichkeiten beschnitten zu werden.

Die öffentlich-rechtlichen Anstalten scheinen freilich weit davon entfernt, überhaupt Einbußen - wann auch immer - zu akzeptieren. Das zeigt nicht nur ihre Forderung nach Ausweitung der Fernsehwerbung auf die Zeit nach 20 Uhr⁴⁵. Ein Beitrag in den im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft Rundfunkwerbung herausgegebenen Media Perspektiven fordert vielmehr

jüngst ganz allgemein den "allmählichen Abbau der Werbebeschränkungen bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten, damit ihnen überhaupt eine faire Konkurrenz gegenüber den Privaten, die praktisch keinerlei Werbebeschränkungen unterliegen, ermöglicht wird. Nur dann kann man von einer der Leistungsfähigkeit der Sender folgenden Aufteilung der Rundfunkwerbeeinnahmen ausgehen"⁴⁶. Diese Forderung übersieht nicht nur schlicht, daß ZDF und ARD 1985 tatsächlich Werbeeinnahmen von über 1,4 Mrd. DM (ZDF 568 Mio DM, ARD 857 Mio DM) bezogen haben. Sie suggeriert überdies den unberechtigten Eindruck, es handele sich bei den Reichweitevorteilen der öffentlich-rechtlichen Anstalten um eine ihnen uneingeschränkt zuzurechnende journalistische Leistung. Damit verkennt sie die Selbstverständlichkeit, daß die den öffentlich-rechtlichen Anstalten vermittels ihres bisherigen Monopols, d.h. marktfremd zugewachsener Potenzen - wie immer man die staatlicherseits zu gewährende Chancengleichheit⁴⁷ ansonsten eingrenzen mag - jedenfalls nicht als positiver Erfolg im publizistischen Wettbewerb der dualen Ordnung zu Buche schlagen dürfen.

3. Publizistischer und ökonomischer Wettbewerb

Was im übrigen den im dualen System durch Art. 5 I S. 2 GG abgesicherten publizistischen Wettbewerb anbetrifft - der im Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Anstalten zu den Privaten immer auch ein ökonomischer Wettbewerb ist,⁴⁸ solange die ersteren über Werbemöglichkeiten verfügen -, so wird man der Rundfunkfreiheit ein verfassungskräftiges Interventionsverbot entnehmen müssen. Dieses Interventionsverbot bedeutet einmal, daß die öffentlich-rechtlichen Anstalten, denen ohnehin die Vorteile einer gefestigten Marktposition zur Seite stehen, dem publizistischen Wettbewerb nicht dadurch entzogen werden dürfen, daß ihnen die

Höhe der Einnahmen aus der (bei Rückgang infolge sinkender Rezipientenzahlen also auszuweitenden) Wirtschaftswerbung garantiert wird. Allgemeiner formuliert: Meßbare Erfolge der Privaten im publizistischen Wettbewerb dürfen grundsätzlich weder durch beliebige Gebührenanhebungen noch durch eine ohne weiteres gebührenmäßig abgesicherte weitere Expansion vermittels zusätzlicher Finanzzuweisungen unterlaufen und neutralisiert werden⁴⁹. Umgekehrt gilt freilich auch: Soweit dem privaten Rundfunkveranstalter die verfassungskonform zugewiesenen Werbemöglichkeiten infolge mangelnder Akzeptanz beim Publikum (und damit bei der werbenden Wirtschaft) nicht reichen, bleibt ihm gegebenenfalls nichts anderes übrig, als seine Tätigkeit einzustellen und durch Rückgabe der Erlaubnis der Versorgungspflicht des jeweiligen Landesrundfunkgesetzes auszuweichen⁵⁰.

Da der Begriff der Grundversorgung keine generelle Aufgabentrennung zwischen Privaten und Öffentlich-rechtlichen Anstalten bedeutet, schließt schließlich der publizistische Wettbewerb auch die Möglichkeit ein, daß die Privaten mit zunehmender Reichweite ihrer Sender, zunehmender inhaltlicher Programmvielfalt und Entstehung effektiver außenpluraler Vielfalt in den Bereich der Grundversorgung hineinwachsen. Gewisse, freilich noch ganz unzureichende Anzeichen einer gewissen Konvergenz der Teilsysteme zeigen sich. Man wird sich deshalb künftig zunehmend auch der Fragestellung zuwenden müssen, ob und welche Auswirkungen eine solche Entwicklung auf den Einzugsbereich der grundrechtlichen Funktionsverantwortung des Gesetzgebers hat. In diesem Zusammenhang wird auch zu prüfen sein, ob nicht unter bestimmten Voraussetzungen den Privaten ein verfassungskräftiger Anspruch auf Beteiligung am Aufkommen der Rundfunkgebühr (bzw. auf sonstige staatsvermittelte Einnahmen) zuwächst⁵¹. Ich kann diese Problematik an dieser Stelle nicht

belgroschen (von DM 0,20 je Teilnehmer und Monat) die gebührenspezifische Entgeltfunktion abgehe; er bedeute die Auferlegung einer finanzverfassungsrechtlich und gleichheitsrechtlich unzulässigen Sonderabgabe⁵⁵ zugunsten einer Aufgabe der allgemeinen Staatsverwaltung. Ich gestehe, daß ich dem VGH München auch in dieser Ansicht nicht beizupflichten vermag. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weisen nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand im Medienbereich sehr wohl eine besondere Sachnähe zu den mit dem Kabelgroschen finanzierten Kabelpilotprojekten und deren Aufgaben auf. Das Parlament hat daher im Rahmen seines Ermessens gehandelt, als es - anstatt die Finanzierung der Projekte aus dem allgemeinen Steueraufkommen anzuordnen - einer staatsvertraglichen Regelung seine Zustimmung gab, die den öffentlich-rechtlichen Anstalten die Zurverfügungstellung von Mitteln zur Durchführung der Projekte aufgab und zugleich einen Kabelgroschen zur Abwälzung der Kosten in die Gebührenerhebung einbaute. Daß dabei der Kabelgroschen gerade auf die Fernsehgebühr aufgeschlagen wurde, erscheint ebenfalls sachgerecht, weil erwartet werden durfte, daß der Nutzen der Kabelpilotprojekte typischerweise vor allem, wenn auch nicht ausschließlich, den (mit dem Kreis der Rundfunkhörer überdies weithin identischen) Fernsehteilnehmern zugute kam. Im Ergebnis erscheinen damit weder die finanzverfassungsrechtlich erhebliche Gegenleistungsfunktion der Fernsehgebühr noch der materiell-verfassungsrechtliche Grundsatz der Lastengleichheit als verletzt^{55a}.

b) Bedenken unter beiden verfassungsrechtlichen Aspekten bestehen aber gegen bestimmte Erscheinungsformen der in einer Reihe von Ländern erhobenen Konzessions-, Veranstalter- oder Anbieterabgaben. Alle diese Abgaben werden, darin stimmen sie wesentlich überein, von denjenigen erhoben, denen die Zulassung zur Veranstaltung eines Rundfunkprogramms

vertiefen: Gesagt sei immerhin, daß einer Mitbeteiligung privater Rundfunkveranstalter am Gebührenaufkommen Hindernisse aus dem Gesichtspunkt der Rundfunkfreiheit⁵² entgegen gelegentlich geäußelter Auffassung⁵² gewiß nicht entgegenstehen. Zweifelhaft und klärungsbedürftig ist aber, ob der Umstand, daß die in die Grundversorgung hineingewachsenen privaten Rundfunkveranstalter dann an einer öffentlichen (Versorgungs-)Aufgabe mitwirken, ungeachtet ihrer privaten Rechtsform genügt, um ihnen ohne Verletzung des Gebührenbegriffs⁵³ - soweit er verfassungskräftig vorgezeichnet⁵³ ist - Anteile des aus der Gebührenerhebung resultierenden Ertrags zukommen zu lassen.

III. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des sogenannten Kabelgroschens sowie der Erhebung von Konzessions-, Veranstalter- und Anbieterabgaben

Bevor ich zum Abschluß meiner groben Skizze einen Blick auf den sich rechtlich allmählich entwickelnden europäischen Rundfunkmarkt werfe, lassen Sie mich auf zwei weitere Rechtsfragen des nationalen Finanzierungsbereichs jedenfalls hinweisen. Ich meine die demnächst aktuellen oder doch potentiell zur Entscheidung anstehenden Fragen nach der Verfassungsmäßigkeit des in die Fernsehgebühr integrierten sogenannten Kabelgroschens sowie der in den meisten Ländern von privaten Anbietern erhobenen Konzessions-, Veranstalter- oder Anbieterabgaben:

a) Was zunächst den Kabelgroschen anbetrifft, so hat bekanntlich der VGH München in seinem Vorlagebeschuß an das Bundesverfassungsgericht vom 6.7.1988⁵⁴ über den bereits erläuterten Zusammenhang hinaus auch die Ansicht vertreten, daß dem von den Fernsehteilnehmern zur Finanzierung von Kabelpilotprojekten im Rahmen der Fernsehgebühr erhobenen Ka-

erteilt worden ist⁵⁶. Sie bemißt sich im allgemeinen, unter Festlegung von Mindestbeiträgen pro Sendestunde, nach einem bestimmten Prozentsatz der Einnahmen des privaten Anbieters aus Werbung, Entgelten und Spenden. Verfassungsrechtlich unbedenklich erscheinen diese Abgaben, soweit sie der Finanzierung der den Landesmedienanstalten verfassungsmäßig übertragenen Aufgaben dienen. Sie haben insoweit den Charakter einer - den Verbandsbeiträgen ähnlichen - "Umlage"⁵⁷, so übrigens auch die ausdrückliche Bezeichnung des Niedersächsischen Landesrundfunkgesetzes (§ 51 I). Soweit allerdings mit den erzielten Erträgen von Gesetzes wegen anstaltsfremde Aufgaben finanziert werden, scheinen mir gewichtige Zweifel angebracht. Das trifft etwa zu für die saarländische Regelung, die in § 45 V Rundfunkgesetz ausdrücklich die Verwendung des Aufkommens aus der - so bezeichneten - "Konzessionsabgabe" für allgemeine "kulturelle" Zwecke anordnet, soweit die Mittel nicht der Anstaltsfinanzierung dienen; ferner für die hamburgische Regelung, die in § 29 III Mediengesetz bestimmt, daß die Einnahmen aus der Anbieterabgabe über die Deckung der Kosten der Landesmedienanstalt hinaus als Zuwendungen für die Kommunikationsforschung (§ 15) und für den in Hamburg vorgesehenen Offenen Kanal (§ 30) zu verwenden sind, der einzelnen und gesellschaftlichen Gruppen, Organen und Institutionen, die nicht Anbieter sind, Gelegenheit zur Verbreitung eigener Beiträge in Hamburg geben soll. Beide Abgaben geraten nach meiner Überzeugung in dem beschriebenen Umfang - d.h. in dem Umfang, in dem sie nicht in spezifischem Zusammenhang mit der Erteilung der Erlaubnis stehen - als unzulässige Sonderabgaben finanzverfassungsrechtlich in einen steuerlichen Einzugsbereich, dies jedenfalls dann, wenn man aus Art. 5 I S. 2 GG folgert, daß das Veranlassen von Rundfunksendungen keine materielle, also repressiv "an sich verbotene Tätigkeit", sondern die Ausübung einer vom Grund-

gesetz dem Gesetzgeber an sich vorgegebenen Freiheit ist⁵⁸.

C. Zum Stand der Entwicklung des europäischen Rundfunkmarktes

Lassen Sie mich nach dieser Tour d'horizon durch das nationale Recht noch einen Blick werfen auf den Entwicklungsstand des europäischen Rundfunkmarktes. Er steht - nach dem "Grünbuch" der EG-Kommission "Fernsehen ohne Grenzen" über "die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel" aus dem Jahre 1984⁵⁹ und dem Kommissionsvorschlag einer Richtlinie über die Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Rundfunk⁶⁰tätigkeit vom 29.4.1986 - nunmehr vor allem im Zeichen des "Geänderten Vorschlags" der Kommission "für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Rundfunk⁶¹tätigkeit" vom 21.3.1988. Er wird in der nächsten Zeit maßgeblich die Diskussion in den Mitgliedstaaten bestimmen⁶².

Die grundlegenden gemeinschaftsrechtlichen Ausgangspositionen der Kommission, wie sie sich vor allem im Grünbuch formuliert und im ersten Richtlinienvorschlag erstmals umgesetzt finden, sind unverändert: Auch jetzt setzt die Kommission maßgeblich bei der Dienstleistungsfreiheit an (s. Art. 59, 62, 65 EWGV) - die nur grenzüberschreitende Rundfunkveranstaltungen erfaßt -, macht indes in der Begründung zugleich erneut allenthalben deutlich, daß ihre Argumentation auch den Bereich der Niederlassungsfreiheit einbezieht. Den maßgeblichen rundfunkrechtlichen Integrationshebel bietet der Kommission ersichtlich nach wie vor Art. 10 I EMRK mit der in ihm garantierten Meinungs- und Kommunika-

tionsfreiheit⁶³. Diese Vorschrift dient ihr als Vehikel, um der ansonsten nicht einfach zu umgehenden Einwirkungskraft rundfunkrechtlicher Besonderheiten der mitgliedstaatlichen Verfassungen auf die europäische Medienordnung auszuweichen. Nach wie vor wird daher in diesem Sinne das "Recht, Rundfunksendungen für Empfänger in anderen Mitgliedstaaten ... ohne Beschränkungen auszustrahlen", als eine "spezifisch gemeinschaftsrechtliche Ausprägung des allgemeinen europäischen Menschenrechts auf Freiheit der Meinungsäußerung" i.S. des Art. 10 I EMRK gewertet und - hiervon ausgehend - festgestellt, daß die "durch das Gemeinschaftsrecht verbürgte Rundfunkfreiheit im Lichte der in Art. 10 I EMRK verankerten entsprechenden Freiheiten und zumindest in dem dort garantierten Umfang durch Anwendung des Vertrags und Erlaß von Richtlinien zur Koordinierung der Vorschriften über die Tätigkeit des Rundfunkveranstalters und des Kabelbetreibers durchgesetzt werden" muß; dem wird - wie bisher schon - ausdrücklich Aussagekraft auch für den ordre public-Vorbehalt des Art. 56 I EWGV zugesprochen.

Der spezifische Genehmigungsvorbehalt des Art. 10 I S. 3 EMRK für Rundfunkunternehmen - zu ihm haben sich vor einiger Zeit insbesondere Herr Bullinger⁶⁴ und Herr Frowein⁶⁵ näher geäußert - wird nicht erwähnt. Ungeachtet mancher auch in der Bundesrepublik laut gewordenen Kritik an ihrer im Grünbuch vertretenen Rechtsauffassung⁶⁶ ist also die Kommission auch bei ihrem geänderten Vorschlag offenbar davon ausgegangen, die Rundfunkklausel des Art. 10 I S. 3 EMRK erlaube den Staaten nur, für die Veranstaltung von Rundfunk ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vorzusehen, die materiellen Voraussetzungen, an die sie die Erteilung der Erlaubnis knüpften, müßten dagegen im Rahmen des Art. 10 II EMRK, d.h. der dort genannten "polizeipolitischen" Schutzgüter, gerechtfertigt werden; diese erfaßten die Ordnung im

Rundfunkbereich indes grundsätzlich nicht. Das alles ist gewiß vertretbar⁶⁷, mehr aber nicht. Die EKMR hat die Rundfunkklausel anfänglich immerhin so verstanden, als gestatte sie den Staaten sogar, die Rundfunkfreiheit Privater durch ein Monopol für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk völlig zu beseitigen⁶⁸. Neuerdings scheint sie dazu zu neigen, fallweise aus der Sachgesetzlichkeit der zu entscheidenden Probleme eigenständige Schranken für Art. 10 I S. 3 EMRK zu deduzieren. Zwar hat der EGMR, wenn ich recht sehe, über die Klausel noch nicht entschieden. Immerhin ist deutlich, daß die EG-Kommission mit ihrer rechtlichen Position ein nicht unbeträchtliches Risiko eingegangen ist.

Auf der Grundlage dieser Position kumuliert die Kommission des weiteren, ebenfalls unverändert, die direkte Anwendung der Art. 59, 62 EWGV mit der Ankündigung von Koordinierungsrichtlinien, soweit bisher Beschränkungsvorschriften gemäß Art. 65 EWGV aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt waren: "Alle Beschränkungen der Freiheit, innerhalb der Gemeinschaft Rundfunksendungen zu erbringen, werden kraft des Vertrages aufgehoben, und zwar sowohl durch unmittelbare Anwendung von Art. 59 EWGV als auch ... durch den Erlass von Richtlinien zur Koordinierung der Vorschriften über die Ausübung selbständiger Tätigkeiten, einschließlich der Tätigkeiten des Rundfunkveranstalters und des Kabelbetreibers".

Unbeschadet der Einsicht, daß damit insgesamt die rechtliche Basis der Kommission unverändert ist: Die Gründe des geänderten Vorschlages, freilich im wesentlichen nur sie, enthalten eine Reihe von Modifizierungen, die zeigen, daß die Kommission, ohne allerdings ihre marktrechtliche Gesamtausrichtung der gemeinsamen Medienordnung aufzugeben, nunmehr deutlicher als bisher ihre im Grünbuch niedergeleg-

te Einsicht beherzigt, daß "es sich beim Rundfunk um eine unzweifelhaft sensitive Tätigkeit handelt, deren Organisation von Staat zu Staat sehr verschieden ist"⁶⁹. Ins Auge fallen dabei, nimmt man das Grundsätzliche und die Aussagen zur Finanzierung, vor allem die folgenden Korrekturen:

a) Ein gewisses Trostpflaster für den in der Erstfassung des Vorschlages ganz verschwiegenen Öffentlich-rechtlichen Rundfunk mag zunächst darstellen, daß nunmehr schon in der ersten Passage der Begründung festgestellt wird, daß "eine wesentliche Voraussetzung für die Erreichung der Ziele dieser Richtlinie ... die Sicherung der Leistungsfähigkeit des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks" sei. Daß dies, wie es nachfolgend sibyllinisch heißt, geschehen soll "durch Herstellung fairer Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt", wird allerdings bei den Öffentlich-rechtlichen Anstalten gerade der Bundesrepublik möglicherweise auf gemischte Gefühle stoßen.

b) Gewichtiger für die Eigenständigkeit der mitgliedstaatlichen Rundfunkordnungen erscheint prima facie wenig später die neu aufgenommene Formulierung, daß "diese Richtlinie" - die das "notwendige Mindestmaß" regele, "um den freien Senderverkehr im Bereich des Rundfunks zu verwirklichen" - nicht "die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen zur Regelung der Organisation, Finanzierung und der Programminhalte des Rundfunks" berühre. "Eigenständige kulturelle Entwicklungen in den Mitgliedstaaten und die Bewahrung der kulturellen Vielfalt in der Gemeinschaft (blieben) deshalb wie bisher möglich". Die Bedeutung dieser wohl als Beruhigungsspiel gedachten Vorbehalte darf indes nicht überschätzt werden. Sie sprechen, da sie der Sache nach allein den sachlichen Einzugsbereich der vorliegenden Richtlinie negativ beschreiben, bei Lichte besehen nur eine

Binsenwahrheit von unverbindlicher Vorläufigkeit aus. Keineswegs wird ihr der öffentlich-rechtliche Rundfunk der Bundesrepublik deshalb die Zusicherung entnehmen dürfen, seine spezifische Position in der deutschen Medienlandschaft sei mit ihnen auf alle Zukunft vor jedem weiteren Harmonisierungszugriff sicher. Eine solche Erwartung wäre schon angesichts der Auslegung der Rundfunkklausel des Art. 10 I S. 3 EMRK keineswegs auf grenzüberschreitenden Rundfunk be-
 70
 schränkt. Hiervon ausgehend läßt sich auf der Grundlage der von der Kommission einmal eingerammten rechtlichen Pfeiler bereits jetzt sagen, daß es nicht leicht fallen dürfte, einem etwaigen Harmonisierungsversuch im Bereich der Niederlassungsfreiheit im Rundfunkwesen ernsthaften vertragsrechtlichen Widerstand entgegenzusetzen.

c) Von Interesse für den Werbebereich ist schließlich, daß das etwas zu vollmundige Bekenntnis der ursprünglichen Gründe zur offenbar umfassenden "Zulassung der Werbung in grenzüberschreitenden Rundfunksendungen" als Voraussetzung für die Errichtung eines "gemeinsamen Marktes für die Rundfunkwerbung" in der Neufassung ersatzlos entfallen ist. Nicht erfüllt haben sich in diesem werblichen Zusammenhang im übrigen vor allem die Hoffnungen der Presse. Sie hatte - bei uns durch den Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V.
 71
 - an der Erstfassung vor allem bemängelt, zwar solle nach dem Entwurf auf die "Interessen anderer Medien" Rücksicht genommen werden, doch fehle der direkte Hinweis auf die Presse und den Erhalt ihrer wichtigsten Finanzierungsquelle. Hier erscheint die Neuformulierung noch zurückhaltender. Ein spezieller Hinweis auf die Presse fehlt nach wie vor. Statt dessen wird der blassen Rücksichtnahme-klausel der ersten Fassung hinzugefügt, daß "auf diese Weise ... der Pluralismus des gesamten Informationssektors gewahrt bleiben" solle. Darin wird mehr oder weniger unver-

hüllt die Auffassung der Kommission deutlich, daß die Finanzierungsinteressen der anderen Medien gemeinschaftsrechtlich nicht als solche, sondern nur insoweit von Interesse sind, als diese Medien integrierende Bestandteile einer pluralistischen Informationsgesellschaft sind. Bemerkenswert ist, daß der genannte Zusatz sich nicht nur in der Begründung findet, sondern in knapper Form - "um den Pluralismus der Information zu erhalten" - auch in den veränderten Richtlinienentwurf selbst Eingang gefunden hat. Damit bewegt sich dann der gemeinschaftsrechtliche Schutz der Presse, was die ihr zu belassenden Werbemöglichkeiten anbelangt, etwa auf dem Niveau der gesetzgeberischen Funktionsverantwortung für die Presse in ihrer Gesamtheit und Vielfalt, wie sie bei uns Art. 5 I S. 2 GG heute im allgemeinen entnommen wird⁷².

Alles in allem muß man sagen, daß die Kommission ihrer Grundlinie, wie immer man sie beurteilen mag, unter Anbringung einiger zumeist mehr optischer Korrekturen, weitgehend treu geblieben ist. Der Widerstand gegen den Vorschlag wird deshalb, vor allem von Seiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ihrer Fürsprecher, unvermindert anhalten. Ihnen wird der nunmehr ausgesprochene Vorbehalt zugunsten nationaler Organisations-, Finanzierungs- und Programminhalts-Regelungen, weil offenbar ohne rechtliche Selbstbindungswirkung, schwerlich genügen. Die Haltung des Bundesverfassungsgerichts ist noch undeutlich. Im 4. Rundfunkurteil hat es im Zusammenhang mit der Schilderung des sich anbahnenden europäischen Rundfunkmarktes kommentarlos festgestellt, daß die Harmonisierungsbestrebungen des ersten Richtlinienentwurfes "auf einzelne Bestimmungen des EWG-Vertrages sowie auf Art. 10 EMRK gestützt" würden⁷³. Eine ganze Reihe von Äußerungen des Urteils macht indes nicht nur deutlich, daß das Gericht⁷⁴ in der Entstehung ei-

nes europäischen Rundfunkmarktes uneingeschränkt eine "der europäischen Integration förderliche Entwicklung"⁷⁵ sieht. Das Gericht gibt darüber hinaus unmißverständlich zu erkennen, daß es die Notwendigkeit eines den klassischen Auftrag des Rundfunks voll erfüllenden nationalen Rundfunks, d.h. einer in jeder Hinsicht leistungsfähigen Grundversorgung, gerade auch vor dem Hintergrund "des sich entwickelnden und an Bedeutung gewinnenden europäischen Rundfunkmarktes" und der "Bedingungen eines solchen Marktes"⁷⁶ sieht. Freilich wird durchweg deutlich, daß das Gericht bislang allein an grenzüberschreitende Sendungen denkt; das Thema einer Niederlassungsfreiheit im Rundfunkwesen wird, wenn ich recht sehe, ausdrücklich an keiner Stelle angesprochen. So bleibt abzuwarten, ob das Bundesverfassungsgericht gegebenenfalls auch einem reinen Marktrundfunk, sofern dem nicht schon der EuGH eine gemeinschaftsrechtliche Grenze setzt, seinen Segen erteilen oder einen solchen versagen würde - dann freilich⁷⁷ unter notwendiger Korrektur des Solange II-Beschlusses. Ein solcher Rettungsanker zugunsten bestimmter Unverzichtbarkeiten unserer Kommunikationsverfassung wird indes nur dann zu erwarten sein, wenn die Gemeinschaftsorgane es bei der weiteren Herstellung des europäischen Rundfunkmarktes an jeglicher Anerkennung eines nationalen rundfunkbezogenen Kulturverfassungsvorbehalts fehlen lassen sollten. Ich bin - ungeachtet mancherorts gezeichneter Horrorvisionen⁷⁸ - guter Hoffnung, daß es so weit nicht kommen wird.

Fußnoten

- 1 Vgl. te Nuyl/Olderaan/Renckstorf, Medienpolitik in den Niederlanden zwischen Kontinuität und Wandel - Das neue Mediengesetz, die Koalitionsvereinbarungen und die Kommerzialisierung des Rundfunks -, Media Perspektiven 1988, S. 683 ff.
- 2 Vgl. Hearst, Systemveränderung im britischen Rundfunk - Zum White Paper der Regierung, Media Perspektiven 1988, S. 775 ff.
- 3 Vgl. BVerfGE 73, 118 (4. Rundfunkurteil), BVerfGE 74, 297 (5. Rundfunkentscheidung). Vgl. näher zu den beiden Entscheidungen Selmer, Bestands- und Entwicklungsgarantien für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in einer dualen Rundfunkordnung - Eine verfassungsrechtliche Untersuchung ihrer Zulässigkeit und Tragweite -, 1988, S. 26 ff., 103 ff. m. weit. Nachw.
- 4 Vgl. zu diesem Lerche, AfP 1984; Stock, Landesmedienrecht im Wandel, 1986, S. 81 ff.; Grawert, AfP 1986, 277; Bethge, Der verfassungsrechtliche Standort des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit des WDR-Gesetzes vom 19. März 1985, 1987, jew. m. weit. Nachw.
- 5 Vgl. krit. etwa Selmer, Bestands- und Entwicklungsgarantien (o. Fußn. 3), S. 57 ff.; Degenhart, in: Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung, Nov. 1988), Art. 5 Rdnrn. 629 ff. und passim jew. m. weit. Nachw.
- 6 Vgl. dazu (für viele) etwa Stock, Rundfunkrecht und Wettbewerbsrecht im dualen Rundfunksystem, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.) Rundfunk im Wettbewerbsrecht - Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Spannungsfeld zwischen Wirtschaftsrecht und Rundfunkrecht -, 1988, S. 35 ff. m. w. Nachw.
- 7 Vgl. dazu insb. Hoffmann-Riem, Rundfunk in Europa zwischen Wirtschafts- und Kulturfreiheit, in: Lüneburger Symposium für Hans Peter Ipsen zur Feier des 80. Geburtstages, 1988, S. 75 ff.
- 8 Vgl. Bettermann, Hypertrophie der Grundrechte - eine Streitschrift -, 1984, abgedr. auch in: ders., Staatsrecht - Verfahrensrecht - Zivilrecht, Schriften aus vier Jahrzehnten, 1988, S. 49 ff. (60).
- 9 Vgl. dazu Selmer, Bestands- und Entwicklungsgarantien (o. Fußn. 3), S. 22 ff.; Degenhart, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Rdnrn. 531 ff., jew. m. Nachw.

- 10 BVerfGE 74, 297 (342).
- 11 Vgl. hierzu und zum folgenden näher Selmer, (o. Fußn. 3), S. 116 ff.
- 12 Für eine solche Verpflichtung Selmer (o. Fußn. 3), S. 122 f.; Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnrn. 706 f.
- 13 BVerfGE 74, 297 (336).
- 14 Stock (o. Fußn. 6), S. 48.
- 15 Vgl. treffend Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 711.
- 16 Vgl. insb. Schmitt-Glaeser, DVBl 1987, 14 (16).
- 17 Vgl. Fußn. 3.
- 18 Vgl. Fußn. 3.
- 19 Der Richtlinienentwurf stützt sich auf Art. 7 VIII i.V. m. Art. 12 II des Rundfunkstaatsvertrages vom 1./3.4.1987 i.V. mit den hierzu ergangenen Zustimmungsgesetzen der Länder.
- 20 BVerfGE 74, 297 (343).
- 21 BVerfGE 74, 297 (343 f.).
- 22 BVerfGE 74, 297 (342).
- 23 BVerfGE 74, 297 (325 f.); vgl. dazu Selmer (o. Fußn. 3), S. 105 ff.
- 24 Vgl. auch die Einschätzung von Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnrn. 630 f. m. weit. Nachw.
- 25 Vgl. Die Welt v. 3.2.1989, S. 13; FAZ v. 15.2.1989, S. 4 (betr. die Frage der Zulassung von Werbung auch nach 20 Uhr von 1990 an).
- 26 Vgl. BVerfGE 74, 297 (343 f.).
- 27 BVerfGE 74, 297 (342).
- 28 Vgl. bereits Selmer (o. Fußn. 3), S. 119; Bullinger, JZ 1987, 928 ff. (930).
- 29 BVerfGE 74, 297 (337 f., 341).
- 30 Vgl. auch Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 702.

- 31 Vgl. dazu Schmitt-Glaeser, BayVB1 1985, 97 (103 f.); Selmer (o. Fußn. 3), S. 61 ff.; Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 677.
- 32 VGH München, DVBl 1989, 115 = Media Perspektiven, Dokumentation 1988, S. 89 ff.
- 33 Grdl. H.P. Ipsen, Die Rundfunkgebühr, 2. Aufl., 1958, S. 62 ff.; Vgl. auch Kollek, Rechtsfragen der Rundfunkfinanzierung, 1987, S. 70 m. weit. Nachw. in Fußn. 42.
- 34 Vgl. dazu Selmer (o. Fußn. 3), S. 119.
- 35 Vgl. in diesem Sinne auch BVerfGE 31, 314 (345).
- 36 BVerfGE 74, 297 (343).
- 37 Selmer (o. Fußn. 3), s. 121; zust. Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 706.
- 38 Vgl. auch Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 708.
- 39 Vgl. diese Frage aufwerfend auch Seemann, DÖV 1987, 844 (849).
- 40 Vgl. bereits Selmer (o. Fußn. 3), S. 89.
- 41 Darauf verweist mit Recht Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 679.
- 42 So bereits Selmer (o. Fußn. 3), S. 90.
- 43 Vgl. Fußn. 42.
- 44 Vgl. näher hierzu Selmer, Wirtschaftswerbung und Eigentumsfreiheit, in: Festschrift für H.P. Ipsen, 1977, S. 515 ff.
- 45 Vgl. oben Fußn. 25.
- 46 Ridder-Aab, Der Werbemarkt der Zukunft - Prognosen, Prämissen, Probleme -, Media Perspektiven 1988, S. 185 ff. (193).
- 47 Zum Gebot der Chancengleichheit im dualen System Selmer (o. Fußn. 3), S. 31 f. und passim.
- 48 Treffend Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 634.
- 49 Selmer (o. Fußn. 3), S. 90 f., 118 f.; zust. Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 703.

- 50 Vgl. Hoffmann-Riem, Medienrecht, in: Hoffmann-Riem/Koch, Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1988, S. 470 ff. (515 f.).
- 51 Vgl. dazu etwa Stock, NJW 1987, 217 (221 Fußn. 37); Selmer (o. Fußn. 3), S. 88 Fußn. 311; Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 704 m.w. Nachw.
- 52 Vgl. die Nachw. bei Degenhart, a.a.O. (o. Fußn. 51).
- 53 Vgl. hierzu näher Selmer/Brodersen/Nicolaysen, Straßenbenutzungsabgaben für den Schwerverkehr, 1989, S. 54 ff. m. Nachw.
- 54 Vgl. Fußn. 32.
- 55 Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen parafiskalischer Sonderabgaben vgl. BVerfGE 55, 274 (303 ff.); 67, 256 (276 ff.); 75 108 (147 f.); s. dazu näher Selmer/Brodersen/Nicolaysen (o. Fußn. 53), S. 66 ff.
- 55a Besonderer, hier nicht anzustellender Würdigung bedarf allerdings die in Art. 15 des Rundfunkstaatsvertrages zugelassene - problematische - Gebührenverwendungsregelung zugunsten der "landesgesetzlich bestimmten Aufgaben der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien".
- 56 Vgl. die Nachw. bei Friauf, "Verleihungsgebühren" als Finanzierungsinstrument für öffentliche Aufgaben?, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, 1988, S. 679 ff. (692).
- 57 So auch Friauf, a.a.O. (o. Fußn. 56).
- 58 Vgl. krit. auch Kisker, Der bergrechtliche Förderzins im bundesstaatlichen Finanzausgleich, 1983, S. 8 m. Fußn. 25; Friauf (o. Fußn. 56), s. 692, 694; keine Bedenken hat demgegenüber Kollek, Rechtsfragen der Rundfunkfinanzierung, S. 193 ff.
- 59 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fernsehen ohne Grenzen, Grünbuch über die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel, KOM (84), 300 endg. v. 14.6.1984; die Grundlinien sind wiedergegeben bei Schwarze (Hrsg.), Fernsehen ohne Grenzen, 1985, S. 206 ff.
- 60 KOM (86) 146 endg. v. 29.4.1986.
- 61 KOM (88) 154 endg. v. 6.4.1988. Der geänderte Vorschlag ist wiedergegeben in Media Perspektiven Dokumentation

III/1988, S. 195 ff.

- 62 Zur bisherigen Diskussion vgl. instruktiv insbesondere Seidel, Rundfunk, insbesondere Werbefunk und innergemeinschaftliche Dienstleistungsfreiheit, in: Gedächtnisschrift für Chr. Sasse, 1981, S. 351 ff.; Schwartz, Die Liberalisierung der nationalen Hörfunk- und Fernsehsysteme aufgrund der Regeln des Gemeinschaftsrechts, in: Hörfunk und Fernsehen im Gemeinsamen Markt, 1983, S. 147 ff.; Deringer, Fernsehen ohne Grenzen, ZUM 1985, S. 229 ff.; Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Fernsehen ohne Grenzen - Die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel -, S. 11 ff.; Schwartz, Rundfunk und EWG-Vertrag, ebd., S. 45 ff.; Seidel, Europa und die Medien, ebd., S. 121 ff.; Herrmann, Europa und die Medien, ZUM 1985, S. 175 ff.
- 63 Vgl. dazu aus jüngerer Zeit insb. Engel, Der Zusammenhang von Sende- und Empfangsfreiheit unter der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZUM 1988, S. 511 ff.
- 64 Vgl. Bullinger, Rundfunkordnung im Bundesstaat und in der Europäischen Gemeinschaft, AfP 1985, S. 257 ff. (260, 263).
- 65 Frowein, Art. 10 EMRK in der Praxis von Kommission und Gerichtshof, AfP 1986, S. 197 ff. (199).
- 66 Vgl. insb. Hoffmann-Riem, Rundfunk in Europa zwischen Wirtschafts- und Kulturfreiheit (o. Fußn. 7), S. 75 ff. (79 ff. m. weit. Nachw.).
- 67 Vgl. wie vorstehend etwa Engel, ZUM 1988, S. 511 ff. (524 f. m. weit. Nachw.).
- 68 Vgl. hierzu und zum folgenden die Nachw. bei Engel, ZUM 1988, S. 511 ff. (524 f. m. Fußn. 122 und 123).
- 69 Vgl. die Zusammenfassung bei Schwarze, (Hrsg.), a.a.O. (o. Fußn. 59), S. 210.
- 70 Vgl. auch Hoffmann-Riem (o. Fußn. 7), S. 81.
- 71 Vgl. Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V., Zeitungen '88, 1988, S. 152.
- 72 Vgl. Degenhart (o. Fußn. 5), Art. 5 Rdnr. 424 und passim m. weit. Nachw.
- 73 BVerfGE 73, 118 (124).

- 74 Bgl. BVerfGE 73, 118 (124, 154 f., 156, 158, 196).
- 75 BVerfGE 73, 118 (124).
- 76 BVerfGE 73, 118 (158).
- 77 BVerfGE 73, 339 = EuR 1987, 51 m. Bespr. H.P. Ipsen, EuR 1987, 1; vgl. ferner Hilf, EuGRZ 1987, 1; Vedder, NJW 1987, 526; Scherer, JA 1987, 483.
- 78 Vgl. insb. Hoffmann-Riem (o. Fußn. 7), S. 81-83.

Georg Ress, Saarbrücken

**Zur Mitarbeit der Deutschen Landesgruppe an den Arbeiten
der International Law Association seit Ende des Zweiten
Weltkriegs**

1. Vorbemerkung

Die Deutsche Landesgruppe der ILA kann seit ihrer Wiederbegründung nach dem Zweiten Weltkrieg am 26. Oktober 1951 auf eine vielfältige Mitarbeit ihrer Mitglieder in den Leitungsgremien der ILA und in den internationalen Ausschüssen und den Konferenzen zurückblicken. Eine Tagung, die gleichzeitig der Ehrung des jetzigen Vorsitzenden dient, ist für einen solchen kurzen Rückblick der geeignete Anlaß. Zunächst sollen einige personelle Entwicklungen der deutschen Mitarbeit geschildert, dann in einem zweiten Abschnitt einige Schlaglichter auf die wissenschaftliche Bedeutung der Mitarbeit in den internationalen Ausschüssen für die Entwicklung des Völkerrechts und des Internationalen Privatrechts geworfen und schließlich kurz zur gegenwärtigen Situation und zur Rolle der ILA im allgemeinen Stellung genommen werden.

2. Die Phase der Wiedergründung

Die Deutsche Landesgruppe zeichnet sich seit ihrer Wiederbegründung im Jahr 1951 nicht nur durch die in ihr übliche Verbindung zwischen Wissenschaft und Praxis aus, sondern auch durch eine personelle Kontinuität in den Leitungsgremien und in den wissenschaftlichen Ausschüssen. Schon zur Zeit des ersten Präsidenten nach dem Zweiten Weltkrieg, Professor Dr. ERNST WOLFF, der zusammen mit ERICH KAUFMANN, Ministerpräsident ZINN, Staatssekretär HALLSTEIN und Se-

natspräsident LAUTERBACH die Wiederbegründung unternahm, gehörte GÜNTHER JAENICKE als Honorary Secretary (Schriftführer) zum Vorstand der Deutschen Landesgruppe - ebenso wie OTTO KÜSTER als Schatzmeister. ROLF STÖDTER übernahm 1956 die Präsidentschaft der Deutschen Landesgruppe und veranstaltete im Jahr 1960 in Hamburg die bislang einzige internationale Konferenz, die von der Deutschen Landesgruppe nach dem Zweiten Weltkrieg ausgerichtet wurde. ROLF STÖDTER wurde Präsident der ILA und dient ihr nach Ablauf der zweijährigen Präsidentschaft seither als Vizepräsident und als Mitglied des "Police and Finance Committee" unermüdlich und mit großem persönlichem Einsatz. Ab 1960 übernahm KONRAD DUDEN als Präsident zusammen mit den rigen Vizepräsidenten VON CAEMMERER und LAUTERBACH die Leitung der Deutschen Landesgruppe, die dadurch in ihrer rechtsvergleichenden Arbeit und ihrem Interesse für das Internationale Privatrecht gestärkt wurde. Geschäftsführender Sekretär (Schriftführer) im Vorstand waren im Zeitraum 1960 bis 1964 BASEDOW, von 1964 bis 1976 HELMUT STEINBERGER, dem ich selbst 1976 in dieser Funktion folgte. GÜNTHER JAENICKE wurde nach KONRAD DUDEN im Jahr 1964 Präsident der Deutschen Landesgruppe und hat sie seit dieser Zeit zusammen mit den Stellvertretern BEITZKE, BÖCKSTIEGEL und GLOSSNER und den anderen Mitgliedern des Vorstandes geleitet. Er kann heute auf eine 25-jährige Tätigkeit als Präsident der Deutschen Landesgruppe und eine nahezu ununterbrochene Mitgliedschaft im Vorstand der Deutschen Landesgruppe seit 1951, also seit 38 Jahren, zurückblicken. Die personelle Kontinuität ist in einer internationalen Vereinigung, die auf der langjährigen Zusammenarbeit mit den einzelnen Landesgruppen aufbaut, unerlässlich. Diese Struktur unterscheidet sie in bemerkenswerter Weise von den rein nationalen wissenschaftlichen Gesellschaften.

3. Mitarbeit in den ersten zwei Jahrzehnten bis 1970

Worin liegt nun der hervorzuhebende Einfluß der Deutschen Landesgruppe auf die Arbeit der internationalen Ausschüsse und damit auf die Entwicklung des Völkerrechts und Internationalen Privatrechts? Davon können nur punktuelle Hinweise gegeben werden; insbesondere können nicht alle Beiträge der Mitglieder unserer Landesgruppe erwähnt und die Berichtstatter jeweils namentlich genannt werden.

Deutsche Mitglieder haben schon vor der Wiederbegründung der Deutschen Landesgruppe in einzelnen Ausschüssen mitgearbeitet, so ERNST WOLFF im **Ausschuß über internationale Gesellschaften und staatliche Immunität** und ALEXANDER MAKAROV im **Ausschuß über Nationalität und Staatenlosigkeit**. ALEX MEYER ist schon vor der Wiederbegründung der Deutschen Landesgruppe Mitglied im **Luftrechtsausschuß**. Der von ERNST WOLFF im Jahr 1952 vorgelegte Bericht zur Entwicklung des internationalen Gesellschaftsrechts, insbesondere zur Sitzstaat- und Gründungsstaattheorie, behandelt den Sonderaspekt der Bestimmung der Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft und führt mit großer Konsequenz die Unterscheidung zwischen Gesellschaften, deren Bildung durch Registration bzw. Publizität erfolgt, von jenen, deren Gründung davon unabhängig ist, und von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit durch. Diese Arbeit führt als eine der wenigen später zu einer international-privatrechtlich maßgeblichen Resolution.

Wer die Arbeiten der ILA seit der ersten Konferenz in Cambridge durchsieht, wird feststellen, daß sehr frühzeitig Fragen im Vordergrund standen, die für die Entwicklung des Völkerrechts in den folgenden Jahren bedeutsam wurden: die Interpretation der UNO-Charta, die Vereinbarkeit der UNO-

Charta mit der Neutralität (die verneint wurde), die Entwicklung der Staatenimmunität, die Probleme des Seerechts, des Festlandssockels und die rechtliche Erfassung des Seebodens, die Menschenrechte und ihre vertragliche Ausgestaltung, **Währungsfragen** (mit einem ersten Bericht von F. A. MANN unter Beteiligung von KONRAD DUDEN), wobei zunächst die Frage des Verhältnisses der nationalen Währungskontrollgesetze zum Vertragsrecht im Vordergrund steht. Von den Vorschlägen zur **Revision der UNO-Charta**, die 1955 auf einer Revisionskonferenz erörtert werden sollen, fällt die wohl auf ERNST WOLFF zurückgehende Anregung auf, daß bei Art. 2 Abs. 7 UNO-Charta eine Klärung, welche Materien ihrem Wesen nach zu den inneren Angelegenheiten eines Staates gehören (eine Art Katalog), erfolgen solle. Die ILA hat allerdings schon damals beschlossen, keine konkrete Revision zu empfehlen.

Seit dem Jahr 1954 arbeitet in fast in jedem ILA-Komitee ein deutsches Mitglied mit. Deutsche Berichterstatter in den internationalen Komitees sind aber erst ab 1970 zu verzeichnen, sieht man von dem schon erwähnten Bericht von Wolff über internationales Gesellschaftsrecht im Jahr 1952 und von SEIDL-HOHENVELDERN zum Thema **Nationalisierung** ab, den er nicht als Mitglied der Deutschen, sondern damals der Österreichischen Landesgruppe vorlegte. Gleichwohl gab es eine schon intensive Mitarbeit, insbesondere im Ausschuß zur **Reform der UNO-Charta**. Die Deutsche Landesgruppe bildete 1955/56 ein eigenes nationales Komitee mit den Herren WOLFF, JAENICKE, MOSLER, SCHEUNER und SCHLOCHAUER. Diese intensive Mitarbeit führte trotz aller Skepsis zu eine Reihe bemerkenswerter, allerdings nicht immer verwirklichter Vorschläge, so zur Erleichterung des Aufnahmeverfahrens (Änderung von Art. 27 Abs. 3 der UNO-Charta), wonach eine einfache Mehrheitsentscheidung im Sicherheitsrat ausreichen

und dem IGH im Fall der Nichtaufnahme eine Entscheidungsbefugnis eingeräumt werden sollte. Die Stellung des IGH sollte gestärkt werden, und in bestimmten Streitsachen sollten Individuen oder internationale Organisationen parteifähig sein.

Aus der aktiven Mitarbeit von BERBER im **Ausschuß über die internationale Gewässernutzung** (zusammen mit GIESEKE und KÜLZ) gehen die sogenannten **Helsinki Rules** für die Gewässernutzung hervor. Es wird die Grundregel der gleichberechtigten Nutzung festgeschrieben, die sich als Abwägungsergebnis versteht. Es gibt keine vorrangige Gewässernutzung. Das gesamte Nutzungsgefüge eines Flusses ergibt sich aus der Regel der gleichberechtigten angemessenen (billigen) Nutzung (reasonable and equitable share in the beneficial use). Die **Helsinki Rules on the Uses of Water of International Rivers** sind nicht zuletzt auch ein Ergebnis intensiver Beteiligung von Mitgliedern der Deutschen Landesgruppe.

4. Die Mitarbeit in den Jahren ab 1970

Ich will mich für die folgende Zeit auf jene Beiträge beschränken, die sich in ausdrücklichen Berichten niederschlagen, ohne daß auf die intensive Mitarbeit einzelner Mitglieder in Ausschüssen - so etwa von DOEHRING im **Asylrechtsausschuß**, von GLOSSNER im **Ausschuß über internationale Schiedsgerichtsbarkeit**, von BRUNNER bei der Diskussion über Fragen der **Staattennachfolge**, von FREIHERR VON DER HEYDTE im **Ausschuß über Abrüstung, internationale Sicherheit und Kooperation**, von WIEBRINGHAUS und BOTHE im **Ausschuß über humanitäres Kriegsrecht und internationales Arztrecht**, von KEGEL und JAENICKE bei der Diskussion der **extraterritorialen Anwendung nationaler Handelsgesetzgebung** - näher eingegangen werden kann.

Im Jahr 1970 legt GOLSONG einen Konferenzbericht über die Koexistenz und Zusammenarbeit von Organisationen zur **Durchsetzung von Menschenrechten auf regionaler und universaler Ebene** vor. Seine Auffassung, daß regionale und universelle Organisationen des Menschenrechtsschutzes notwendig und förderlich sind und auch unabhängig nebeneinander arbeitsfähig bleiben, hat sich durchgesetzt. Sein Plädoyer, daß auf regionaler Ebene die Einsetzung von Gerichten, die Einzelbeschwerden zulassen, leichter möglich sei, weil sie auf kulturelle Ähnlichkeiten zurückgreifen können, gilt heute als Allgemeingut.

Die ILA bekräftigt in ihrer Resolution, daß die allgemeine Erklärung für Menschenrechte, deren "rechtlicher Status" jetzt vielleicht über 40 Jahre nach ihrer Verkündung Gegenstand eines neuen ILA-Komitees werden soll, Grundlage des allgemeinen Menschenrechtsschutzes sein soll, wenngleich regionale Schutzsysteme im Schutzbereich weitergehen können. Eine Konvention, die menschenrechtliche Garantien zum Gegenstand habe, darf nach Ansicht der ILA nicht Gegenstand eines Vorbehalts sein, der ihrem Wesen und Zweck widerspreche.

Zur **Entwicklung des internationalen Wasserrechts** tragen in den Jahren 1972 und 1974 Berichte von BERBER maßgeblich bei. 1972 legt er zur Lösung der rechtlichen Probleme der **Flutkontrolle** einen Konventionsentwurf vor, der die Staaten zur Zusammenarbeit verpflichtet und die Vorbereitung, die Erforschung und den Austausch von Daten und die Ausführung von Flutkontrollmaßnahmen im einzelnen vorsieht. Die Konvention ist zwar nicht geltendes Recht geworden, der Entwurf hat aber die internationale Praxis u.a. auch über eine Kompensationspflicht beeinflusst. Ein zweiter Bericht, dem **Schutz von Wasserressourcen und Wasserinstallationen** in

Kriegszeiten gewidmet, zeigt, daß es zwar keine speziellen Wasserschutzregeln, wohl aber aus dem Kriegsrecht und den Regeln über den Schutz der menschlichen Person eine Reihe von Konsequenzen gibt, die auch auf den Schutz des Wassers übertragbar sind.

Der Bericht versucht, gewisse Prinzipien gegen die Vergiftung von Wasser, die Umleitung von Wasser oder die Zerstörung von Dämmen und Deichen aufzustellen. Die ILA-Resolution qualifiziert diesen Bericht als wichtigen Schritt zum Schutz des Wassers in Kriegszeiten, auch wenn er noch keine endgültigen Regeln enthält. Im **Ausschuß über die extraterritoriale Anwendung nationalen Rechts** kommt es unter Mitwirkung von KEGEL und JAENICKE 1972 zu einer Diskussion der Frage, ob der Absatz einer ausländischen Ware im Inland als ausreichender Anknüpfungspunkt für eine Regelungsbefugnis mit Wirkung im Ausland gelten könne. Es ist gegenüber der heutigen Tendenz bemerkenswert, wie zurückhaltend die damalige Ausschlußresolution gefaßt ist.

Die ILA hatte immer einige Komitees, bei denen es sich als außerordentlich schwierig erwies, allgemein politische Erwägungen und Tendenzen - und damit grundlegende Meinungsverschiedenheiten - von der Feststellung rechtlicher Regeln zu unterscheiden oder, anders formuliert, rechtliche Regeln überhaupt auszumachen. Die Mitarbeit von STEINBERGER im **Ausschuß für Internationale Sicherheit und Zusammenarbeit**, in welchem der damalige Berichterstatter aus der UdSSR dem gegenwärtigen Völkerrecht eine Pflicht zur Abrüstung als logisches Gegenstück zum Aggressionsverbot entnimmt, so daß eine Aufrüstung als Vorbereitung einer Aggression verboten sei, ist ein gutes Beispiel für von der deutschen Landesgruppe stets empfundene die Notwendigkeit, eine bloße "Behauptung" völkerrechtlicher Regeln einer methodischen Kri-

tik zu unterziehen.

Den 1972 beschlossenen **Prinzipien über den Abbau von Ressourcen auf hoher See** kommt für die spätere Arbeit auf der Dritten Seerechtskonferenz maßgebliche Bedeutung zu. Da die Grenzregel der Genfer Konvention über den Festlandsockel 1964 keine klare Lösung enthält, werden von der ILA als Grenzlinie entweder 50 nautische Meilen oder 200 m Tiefe für die Abgrenzung vorgeschlagen. Die Prinzipien enthalten auch Mindestregeln für eine Organisation, also einen rudimentären Vorläufer der späteren Sea Bed Authority. An dem Ergebnis hat FRITZ MÜNCH intensiv durch kritische Kommentare mitgewirkt.

Mit dem Bericht von BODENSCHATZ im Jahr 1972 im **Air Law Committee** beginnt eine sehr intensive, später durch BÖCK-STIEGEL fortgesetzte Prägung der Arbeit dieses Ausschusses durch die Deutsche Landesgruppe, die natürlich an die Vorarbeiten von ALEX MEYER anknüpfen kann. BODENSCHATZ legt 1972 einen Bericht über die **Verantwortung für Schäden, die im Zusammenhang mit der Luftfahrt** entstehen, vor. Das Ergebnis ist eine Überarbeitung der Römischen Konvention über Schäden, die durch ein ausländisches Flugzeug verursacht werden.

Ein zweiter Schwerpunkt der künftigen Mitarbeit tritt 1974 auf der Konferenz in Neu Delhi mit dem Bericht von HUGO J. HAHN über **Einzelne Aspekte des internationalen Währungsrechts** hervor. Die Reform des internationalen Währungssystems und die Probleme von Wertsicherungsklauseln, die, wenn sie noch als Goldklauseln formuliert sind, auf irgendeine andere Weise aufrechterhalten und den Umständen angepaßt werden müssen, treten in den Mittelpunkt. Die ILA setzt sich nachdrücklich für die Zulässigkeit und den Ein-

satz von Wertsicherungsklauseln ein. Dank der intensiven Vorbereitung auch zwischen den Konferenzen ist seit dem Jahr 1976 das **International Monetary Law** durch die Berichte von HAHN und im Jahr 1988 durch den Bericht von DOLZER beeinflusst worden. Seit 1976 wird auch das Thema des **Internationalen Terrorismus**, zu dem HAILBRONNER, OPPERMANN und STEIN Beiträge leisten, Gegenstand der Überlegungen der ILA. Die vielfältigen Arbeiten, die sich auch auf die Terrorismus-Konvention auswirken, finden eigentlich erst in der letztjährigen Konferenz in Warschau mit dem Bericht von STEIN über **Draft Articles on Extradition in Relation to Terrorist Offenses** ihren Abschluß. Hierbei handelt es sich um einen nach langen Bemühungen zustande gekommenen Versuch, Auslieferungspflichten der Staaten im Zusammenhang mit terroristischen Tätigkeiten festzulegen. Die Schwierigkeit zeigt Art. 3 dieses Entwurfs mit dem Versuch, die terroristischen Gewaltverbrechen näher zu bestimmen. Angesichts des Streits um den Begriff des Terrorismus ist dies ein bemerkenswerter Schritt, der auch von den Diskussionsmitgliedern anerkannt wurde.

Die Deutsche Landesgruppe hat im **Internationalen Ausschuß für Menschenrechte** einen besonderen Akzent - durch die Mitarbeit von SCHEUNER, MEESEN und SCHWEISFURTH - auf die Auswirkungen der Interpretation der KSZE-Erklärungen, die in Korb 3 enthalten sind, gesetzt (keine interne Angelegenheit).

Auf der Konferenz im Jahr 1978 werden von Mitgliedern der Deutschen Landesgruppe fünf Ausschußberichte vorgelegt, was nahezu die Hälfte aller Ausschußberichte, die auf der Konferenz in Manila diskutiert werden, ausmacht. Welche Positionen, die in diesen Berichten vertreten werden, haben sich durchgesetzt? HUGO J. HAHN weist nach, daß die **Sonder-**

ziehungsrechte (special drawing rights) nicht ohne weiteres als Ersatz für Goldklauseln dienen können. Er schlägt vor, daß die Parteien, die eine Wertklausel als Schutz einführen, gleichzeitig vereinbaren, daß sie im Fall der Änderung des Wertes die Höhe der Klausel zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zugrundelegen sollen. Der Bericht befaßt sich auch mit der nach wie vor aktuellen Frage der Umsetzung der Sonderziehungsrechte in eine andere sogenannte "wirkliche" Wertordnung.

Der Bericht von RAUSCHNING zum Thema der **grenzüberschreitenden Umweltverschmutzung** ist die Grundlage für weitreichende Vorschläge, die im Jahr 1982 in die **Montreal Rules of International Law Applicable to Transfrontier Pollution** münden. Das von RAUSCHNING vertretene Prinzip der gleichberechtigten Nutzung grenzüberschreitender Umweltmedien findet zwar in diesen Rules nicht den vom Berichtersteller gewünschten Ausdruck, ist aber nunmehr nach wie vor Gegenstand der Beratungen der ILA.

Das **Archipel-Konzept**, welches später auf der Dritten Seerechtskonferenz eine bedeutsame Rolle spielt, wird schon im Jahr 1978 in Manila unter Mitwirkung von JAENICKE kritisch diskutiert, um einen Kompromiß zwischen den berechtigten Anliegen der Archipelstaaten an der Nutzung der Archipelgewässer und den Interessen der Handelsschifffahrt auf einfache und unproblematische Durchfahrt zu finden.

Auf das **internationale Strafrecht** haben die Berichte von OEHLER seit der Tagung von Manila im Jahr 1978 einen erheblichen rechtspolitischen Einfluß ausgeübt. OEHLER hat nicht nur einen von der ILA verabschiedeten Entwurf eines **Statuts eines Internationalen Gerichtshofs in Strafsachen** und eines **Statuts für eine internationale Kommission zur Auf-**

klärung von internationalen Verbrechen, sondern auch eine Art allgemeines internationales Strafrecht mit dem Versuch vorgelegt, Begriffe wie Handlung, Teilnahme, Irrtum, Beweisregeln in einer allgemein akzeptablen Form zu entwickeln. Es ist mit Sicherheit anzunehmen, daß diese Vorarbeiten in späteren Jahrzehnten (auch von der ILC) aufgegriffen werden. Der Abschlußbericht steht für die Konferenz im Jahr 1990 in Australien noch aus.

BOTHE legt 1978 einen interessanten Konventionsentwurf über **Humanitäre Missionen** vor, der versucht, nicht nur die Rechte und Pflichten des Empfängerstaates, sondern auch Regeln über die politische Neutralität und die Immunität, die einer derartigen Mission zu gewähren sind, zu kodifizieren.

5. Neuere Entwicklungen und laufende Arbeiten

Die Beratungen über die **Entwicklung der staatlichen Immunität** haben durch die Verabschiedung der Resolution von Montreal zu einem echten Fortschritt auf diesem Gebiet geführt, indem der Konventionsentwurf nicht nur die geläufige Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* aufgreift, sondern zwischen Erkenntnisverfahren und Vollstreckungsverfahren eine, wenn auch etwas verklausulierte Beweislastregel einführt. An dieser Fortentwicklung haben sich u.a. STEINBERGER und RUDOLF maßgeblich beteiligt. Der Ausschuß ist 1987 - mit dem Berichterstatter G. RESS - erneut mit dem Ziel konstituiert worden, neuere Entwicklungen aufzuarbeiten.

Der Einfluß der Deutschen Landesgruppe war durch die Mitarbeit von BÖCKSTIEGEL auf das **Weltraumrecht** und auf die internationale handelsschiedsgerichtsbarkeit - hier auch un-

ter Mitwirkung von GLOSSNER - bedeutsam. Das Weltraumrecht ist eine Materie, die sich wie selten eine andere zur entsprechenden Anwendung von Rechtsregeln, die sich in anderen Rechtsbeziehungen schon entwickelt haben, eignet. BÖCKSTIEGEL hat sich insbesondere mit der Frage der Beilegung von Streitigkeiten im Bereich des Weltraumrechts befaßt und sich in pragmatischer Weise für verschiedene Möglichkeiten, u.a. für eine nicht obligatorische Schiedsgerichtsbarkeit, eingesetzt.

Daß **Ausschuß über eine Neue Weltwirtschaftsordnung** auf der Tagung 1986 in Seoul eine **Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order** verabschieden konnte, ist im wesentlichen auf die intensive Beteiligung des von OPPERMANN und PETERSMANN geleiteten Ausschusses der Deutschen Landesgruppe unter intensiver Beteiligung von JAENICKE und vielen anderen Mitgliedern zurückzuführen. Die Unterscheidung zwischen entwickelten und sich entwickelnden Prinzipien hat einen Kompromiß in diesem höchst delikaten, politisch beeinflussten Ausschuß möglich gemacht. Die Prinzipien haben deshalb unterschiedliches Gewicht; einige stellen geltendes Völkergewohnheitsrecht dar (wie der Grundsatz *pacta sunt servanda* oder die Berufung auf die Vertragsfreiheit), andere können als Leitlinien und Tendenzen klassifiziert werden, die noch nicht geltendes Völkergewohnheitsrecht sind. Eine strenge Trennung zwischen diesen Prinzipien nach ihrer rechtlichen Natur wird in der Erklärung nicht vorgenommen, was den verschiedenen Seiten je nach Interessenlage ermöglicht, so oder so zu argumentieren. Die Deklaration versucht, die Grundsätze der "equity" und internationalen Solidarität, der Kooperationspflicht, das umstrittene Prinzip der "permanent sovereignty over natural resources, economic activities and

wealth", das Recht auf Entwicklung, das Prinzip des "common heritage of mankind", der Gleichheit und Nichtdiskriminierung, der gleichen Beteiligung des Zugangs zu Wissenschaft und Technologie usw. näher zu umschreiben. Es ist nicht zuletzt dem Einfluß von Mitgliedern der Deutschen Landesgruppe zuzuschreiben, daß ein Kompromiß zwischen den Vorstellungen der Industrieländer und der Entwicklungsländer zustande gekommen ist, der - im Gegensatz zu früheren Erklärungen im Rahmen der UNO - das geltende Völkerrecht wesentlich stärker berücksichtigt. Die Entschädigungspflicht der Staaten für die Enteignung ausländischen Eigentums hat auf der Tagung eine auch gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag verbesserte Formulierung gefunden. Von seiten der Vertreter der Deutschen Landesgruppe wurde bedauert, daß das Prinzip der Vertragsfreiheit keine ausdrückliche Erwähnung in der Erklärung gefunden hat. Die Prinzipienerklärung wird für die künftige Diskussion einer Neugestaltung der Weltwirtschaftsordnung sicher von erheblicher Bedeutung werden.

Wer den Stand der jetzigen Arbeiten der ILA überschaut, wird feststellen, daß die Deutsche Landesgruppe unter der Präsidentschaft von JAENICKE ihre Mitarbeit in einzelnen internationalen Ausschüssen hat erheblich verstärken können. LAGONI hat im **Seerechtsausschuß** erst auf der letztjährigen Tagung in Warschau einen ausgezeichneten Bericht über **Die völkerrechtlichen Probleme von Abkommen über die gemeinsame Entwicklung nichtlebender Ressourcen in der ausschließlichen Wirtschaftszone** vorgelegt und damit bewirkt, daß der Ausschuß sich in den nächsten zwei Jahren mit den Prinzipien, die auf die Entwicklung der lebenden Ressourcen anzuwenden sind, befassen wird. Hier handelt es sich um völkerrechtliches Neuland. Das gleiche läßt sich von dem Thema sagen, das BÖCKSTIEGEL in seinem Bericht über **Umwelt-**

schutz im Weltraum auf der Tagung in Warschau behandelt hat. Prinzipien und Richtlinien für einen eventuellen Konventionstext über den Umweltschutz im Weltraum, die vorgelegt werden sollen und als "draft convention" in Australien diskutiert werden, können zwar an Ergebnisse der Arbeiten des Ausschusses über **Long Distance Air Pollution**, der von RAUSCHNING geleitet wird und in dem auch A. WEBER und D. MURSWIEK mitarbeiten, anknüpfen, müssen aber doch die Besonderheiten des Weltraumrechts berücksichtigen. Im wichtigen **Ausschuß über den Rechtsstatus der Flüchtlinge** haben O. KIMMINICH, R. HOFMANN und D.C. UMBACH in den letzten Jahren mitgewirkt.

6. Schlußbemerkung

Sicher habe ich viele von den anwesenden Kollegen, die aktiv in einzelnen Ausschüssen mitarbeiten, wenn nicht vergessen, so doch jedenfalls nicht erwähnt. Es dürfte jedoch deutlich geworden sein, daß die Mitarbeit der Deutschen Landesgruppe sich auf alle Bereiche der gegenwärtigen ILA-Ausschüsse erstreckt und daß diese Mitarbeit in hohem Maße gestaltender Natur ist. Dies ist zu einem erheblichen Teil ein Verdienst der Leitung und Arbeit von GÜNTHER JAENICKE in den letzten Jahren gewesen. Natürlich ist die Frage immer berechtigt, welchen unmittelbaren Einfluß diese Arbeiten auf die Entwicklung des Völkerrechts im allgemeinen nehmen, da es sich in der Regel um Prinzipienerklärungen, Konventionsentwürfe oder einfache Berichte handelt. Wir würden jedoch die Grundlagen unserer Wissenschaft verkennen, wenn wir das Wehen des Geistes in vordergründiger Weise auf irgendwelche politische Aktionen reduzieren. Der Einfluß auf verschiedene internationale Organisationen, Gremien und insbesondere die Vertreter unserer Wissenschaft

ist unübersehbar. Daß sich GÜNTHER JAENICKE dieser Aufgabe seit vielen Jahren, ja seit der Wiederbegründung der Deutschen Landesgruppe im Jahr 1951, intensiv gewidmet hat, dafür ihm Dank zu sagen, ist heute Anlaß.